

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA FICTION

EN DROIT INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 5 juin 1923, à 3 h. 1/2

PAR

HIU NIENTSENG

Président : M. G. de LAPRADELLE, Professeur
Suffragants { MM. BASDEVANT, Professeur
ROLLAND, Professeur

PARIS

JOUVE & Cie. ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1923

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

THESE
ET
DOCTO

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA FICTION

EN DROIT INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 5 juin 1923, à 3 h. 1/2

PAR

HIU NIENTSENG

Président : M. G. de LAPRADELLE, Professeur

Suffragants } *MM. BASDEVANT, Professeur*
ROLLAND, Professeur

PARIS

JOUVE ET Cie, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LA FICTION

EN DROIT INTERNATIONAL

INTRODUCTION

La place de la fiction dans l'évolution et dans la technique du droit international public n'a pas été jusqu'ici suffisamment remarquée. La raison en est que ses diverses applications sont disséminées et qu'on n'a jamais eu l'idée de les rapprocher et de les comparer dans une étude d'ensemble.

C'est cette étude que nous voudrions tenter.

D'abord qu'est-ce que la fiction ? Et comment s'explique son origine et son emploi dans le droit en général ? Le droit a un objet par excellence réel : l'homme vivant en société ; son but est d'harmoniser les rapports des individus en vue de l'ordre et du progrès de chacun d'eux et de la collectivité tout entière. On peut dès lors s'étonner justement de l'introduction de l'irréel, de l'imaginaire dans la définition de la règle juridique.

La fiction est un moyen artificiel de construction scientifique, un pur concept juridique sans réalité objective (1). En d'autres termes, elle consiste dans la création abstraite, idéale, d'un fait ou d'une personne juridique. Une énumération des fictions serait presque illimitée. Elles sont très nombreuses dans toutes les branches du droit public et privé.

Les fictions semblent jouer deux rôles différents (2). Dans l'évolution des institutions juridiques, elles ont été un facteur de transformation et ont rempli une fonction qu'on peut appeler *sociale ou historique*. En dehors d'elle, les fictions ne sont que des procédés d'élocution destinés à faciliter des conceptions juridiques ; cette fonction peut être qualifiée de *doctrinale ou dogmatique*.

1. Sur les fictions de droit en général, on peut consulter : Altaserra, *De fictionibus juris tractatus iurique*. Paris, 1659 ; Poullain du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*. Rennes, 1768, chapitre : « Des fictions de droit » ; Henry Summer Maine, *l'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la Société primitive et avec les idées modernes*, traduction Courcelle Seneuil. Paris, 1874, chap. II, p. 21 : « Les fictions légales » ; Von Kering, *l'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduction Meulenære, 1878, t. II, p. 72 et 278 et t. IV, p. 291 et suiv. ; Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne*, 1880, t. I, p. 634, n° 182 ; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Francfort, 1887, t. I, 67, p. 184 et note 5.

2. Voir Kering, *loc. cit.*, t. IV, p. 295 et suiv. Ortol, *loc. cit.*

En premier lieu, la fiction se révèle comme un instrument de transformation juridique. Entre les mains des préteurs romains, elle fut un moyen puissant de réformes. Ceux-ci s'en servirent pour ménager la transition entre la rigidité du droit primitif et un droit plus équitable. Dans le but d'étendre une règle du droit civil à des cas non prévus, ou d'en écarter des dispositions trop rigoureuses, les préteurs supposèrent l'existence d'un fait ou d'une qualité ; ils déclarèrent dans leurs édits qu'ils agiraient comme si ces faits ou ces qualités existaient et ils introduisirent la fiction dans les actions qu'ils accordèrent. C'est ainsi que le magistrat supposa l'existence de la qualité d'héritier (Gaius, 4, § 34) l'usucapion accomplie (Gaius, 4, § 36) ou non accomplie (Just., § 4, 6 § 5), la qualité de citoyen à un étranger (Gaius, 4, § 37) la *capitis deminutio* non avenue (Gaius, 4, § 38). Telle fut l'origine des actions fictives.

Le droit civil lui-même a employé la fiction. C'est ainsi que le *jus italicum* fit considérer le territoire d'une ville comme s'il était situé en Italie ; que la *querela inofficiosi testamenti* était fondée sur une supposition de démence du testateur ; que l'*adrogatio* établissait entre l'adrogeant et l'adrogé une filiation fictive, des rapports analogues à ceux qui résultaient des *juste nuptice*, entre le chef de famille et l'enfant. Sans l'adoption « qui permettait de créer artificiellement les liens de famille, dit

Summer-Maine (1), il serait difficile, de comprendre comment la société aurait pu sortir de ses langes et faire les premiers pas dans la civilisation ».

On comprend le jeu des fictions dans le droit civil ou prétorien. Lorsque le besoin d'une relation juridique nouvelle se fit sentir on la créa en la rattachant à une force antérieure. Par là se trouvèrent conciliés le respect du droit établi et le désir d'innovation. Aussi l'auteur que nous venons de citer a-t-il eu raison de dire que la fiction est un moyen par lequel le droit s'est mis en harmonie avec les besoins sociaux.

Tel est encore le rôle de la fiction dans le droit moderne. Envisageons par exemple la personnalité des sociétés qui, dans l'opinion traditionnelle et dominante, est une fiction de droit. Il importait au crédit des entreprises que les créanciers de la société n'eussent pas à craindre la concurrence des créanciers personnels des associés. Il fallait que le capital social fût affecté en gage exclusif aux créanciers sociaux. Pour atteindre ce résultat, on considéra la collectivité des associés comme constituant une personne distincte des individus qui la composent. Ainsi un rapport de droit nouveau fut relié à la notion de personnalité.

En second lieu, avons-nous dit, la fiction remplit une

1. *Loc. cit.*, page 27.

fonction dogmatique. Elle n'est souvent « qu'une manière plus laconique de formuler les dispositions qu'on veut appliquer à une situation en disant : on déterminera les droits comme si tel fait avait eu lieu » (1). La fiction n'est alors qu'un expédient de scolastique. On peut dire qu'elle est en quelque façon au droit ce que la métaphore est au langage. Ainsi si nous laissons de côté l'aspect historique de la fiction de personnalité des sociétés, nous voyons qu'elle n'est qu'une manière de mettre en relief la séparation de deux catégories de biens : d'une part, les biens communs à tous les associés ; d'autre part, le patrimoine propre de chaque associé. Le domicile, considéré comme centre des intérêts juridiques d'un individu, est un fait de création fictive répondant au but que nous examinons. La subrogation en est un autre exemple. Le rédacteur du Code civil se sert même du mot fiction, dans l'article 739, pour définir la représentation. Cette définition équivaut à dire qu'il faut traiter le représentant, substitué au représenté pour les droits successoraux, comme s'il était le représenté lui-même.

La fiction a pénétré dans le droit international et elle y a joué le double rôle qui vient d'être défini. Parfois elle a été imaginée par les hommes politiques et les diplomates en vue d'obtenir un résultat que les principes

1. Ortolan, *loc. cit.*

paraissaient ne pas permettre, ou encore elle a été un embryon d'une institution et d'une théorie appelées à se développer plus tard. Telle a été sa fonction historique. Parfois elle a été inventée par les jurisconsultes dans le but de systématiser et d'exposer plus commodément un certain nombre de solutions relatives à un même sujet. Et telle a été sa fonction doctrinale.

Toutefois ces deux caractères de la fiction sont généralement mêlés. Politiques et théoriciens collaborent à la formation de la fiction qui devient leur œuvre commune. Aussi ne serait-il point d'une sérieuse méthode de répartir l'étude des fictions en deux parties correspondant à la dualité de leurs fonctions.

Nous préférons examiner l'une après l'autre les diverses matières dans lesquelles la fiction s'est principalement manifestée : la définition de l'Etat, qui est le fondement même du droit international, l'occupation territoriale, le blocus, l'exterritorialité, la continuité de voyage.

Comment la fiction s'est-elle glissée et a-t-elle joué dans chacune de ces théories ? Comment, et dans quelle mesure, en a-t-elle été éliminée ?

Loin d'être purement théoriques, ces questions doivent nous conduire à des conclusions utiles.

CHAPITRE PREMIER

La fiction dans la notion de l'Etat

L'Etat est une incontestable réalité, dont la base, rationnelle et vivante, est la nation. Il est possible — en théorie du moins — que l'évolution amène une meilleure formule que l'Etat pour assurer le libre épanouissement des facultés humaines ; mais, jusqu'à présent, cette formule n'existe pas et l'on n'en imagine même pas les éléments.

On définit généralement l'Etat une communauté d'hommes, établie d'une façon permanente sur un territoire déterminé, soumise à un Gouvernement, et souveraine.

Or, si l'on veut apercevoir le rôle de la fiction dans la notion de l'Etat, il y a lieu d'envisager les deux situations suivantes :

1° La diplomatie a créé de toutes pièces un Etat purement fictif, c'est-à-dire a reconnu comme Etat un certain nombre d'hommes, qui ne présentaient pas les éléments réellement indispensables à l'existence d'un Etat (Etat du Congo de 1885 à 1908) ;

2° La définition même de l'Etat, telle qu'elle a été généralement conçue dans le droit international, comporte une part de fiction. Une communauté d'hommes, un territoire, la permanence de cette communauté sur ce territoire, son organisation politique, constituent des réalités. Mais la souveraineté, du moins sous son aspect extérieur et entendue d'une manière absolue, n'est-elle pas une idée contraire à la réalité ? S'il en est ainsi, la fiction a vicié la conception même de l'Etat.

SECTION I

L'Etat fictif

L'Etat est une réalité. Or, il a existé, de 1885 à 1908, un Etat fictif qui n'est pas une des moindres curiosités de l'histoire du droit international. Le Congo était une juxtaposition de peuplades sans civilisation ni cohésion politique, une *res nullius*. La Belgique désirait le coloniser. Sur l'initiative du Roi Léopold II avait été fondée en 1876 l'Association internationale africaine dont le but semblait être tout d'abord de faire connaître à l'Europe le « continent mystérieux » de l'Afrique centrale, dans un intérêt purement scientifique. L'Association envoya

l'explorateur Stanley reconnaître le territoire congolais. Mais une association ne peut pas exercer des pouvoirs d'Etat. Il fallait donc faire apparaître une souveraineté normale, en l'espèce la souveraineté belge. Tel était le dessein de Léopold II. Mais cette idée semblait se heurter à une difficulté constitutionnelle et internationale. La Constitution belge de 1831 n'avait pas prévu d'autres territoires belges qu'un territoire européen. Dès lors, prendre un développement colonial, n'était-ce pas, pour la Belgique, contraire à la Constitution.

En outre la Belgique se trouvait, depuis 1831, sous le régime de la neutralité perpétuelle qui la frappait d'un certain nombre d'incapacités, notamment de l'incapacité colonisatrice. En possédant une colonie, la Belgique n'augmentait-elle pas pour elle les risques qui auraient pu amener une puissance européenne à lui déclarer la guerre ? ne rompait-elle pas ainsi le *statu quo* de sa neutralité ? De plus, la neutralité belge avait été reconnue pour un territoire exclusivement européen et garantie en relation avec ce territoire. La difficulté ne pouvait donc être tournée par la neutralisation de la colonie elle-même.

La Belgique devait-elle renoncer à toute expansion coloniale ? Pour éviter une telle conséquence, un expédient fut imaginé à Berlin en 1885. Le territoire congolais, *res nullius*, serait fictivement considéré comme un

Etat formant avec la Belgique une Union personnelle sous la souveraineté du roi Léopold, qui en disposerait par donation au profit de la Belgique.

Dès 1884, les Etats-Unis se prêtent à cette reconnaissance. Le 26 février 1885, à la fin de la Conférence de Berlin, toutes les puissances reconnaissent l'Etat indépendant du Congo. Par la loi du 30 avril 1885, les Chambres belges autorisent le roi Léopold II à devenir le chef de cet Etat. L'union devait être purement personnelle. Mais la fictivité même de cette situation l'empêchait d'être durable. La loi du 29 juillet 1889 autorisa le Gouvernement belge à participer à l'établissement de chemins de fer dans le Bas-Congo. Le testament du roi, en date du 2 août 1889, légua à la Belgique, après sa mort, tous ses droits de souveraineté sur le Congo. La Convention du 3 juillet 1890 autorisa la Belgique à s'annexer le Congo, même du vivant du roi, et fixa à 1901 l'époque où la Belgique aurait à se prononcer d'une manière définitive sur la reprise du Congo. Mais on n'attendit pas jusqu'à cette date. Le 9 janvier 1895 le Gouvernement belge signa avec le souverain du Congo une Convention par laquelle celui-ci cédait à l'Etat belge ses possessions africaines. A ce moment se posa dans toute son ampleur la question de savoir si un Etat neutre peut acquérir une colonie, et, à la suite de la vive opposition qui se produisit au Parlement, le Gouvernement belge dut retirer son

projet d'annexion (1). C'est le 4 février 1901 qu'en vertu de la Convention de 1890 l'Etat belge devait se prononcer à ce sujet ; or, sur une proposition déposée le 25 février par le gouvernement, le Parlement, au mois d'août suivant, vota la remise de l'annexion à une date indéterminée (2). La cession du Congo à la Belgique fut effectuée par le traité du 28 novembre 1907 et l'acte additionnel du 5 mars 1908 approuvés par la loi belge au 18 octobre 1908. Une charte coloniale fut votée par le Parlement belge les 20 août et 9 septembre 1908.

Le caractère purement fictif de l'Etat indépendant du Congo, de 1885 à 1908, ne saurait faire l'objet d'aucun doute. L'Etat implique la jouissance, par une association politique, d'une existence libre et indépendante ; une volonté collective organisée sous une autorité suprême, chargée de la direction de l'association. Or, il n'y avait au Congo que des peuplades sans aucune espèce de civilisation ni morale, ni sociale, dépourvue de toute conscience d'unité politique, de toute organisation. Le Congo n'offrait qu'un simple territoire sur lequel il n'existait aucune souveraineté. Il pouvait y avoir des droits de propriété indigène, mais il n'y avait pas de souverai-

1. Paul Fauchille, *l'Annexion du Congo à la Belgique et le droit international* (*Revue de droit int. public*, t. II, p. 400) ; Dessagnet, *la Neutralité belge et le Congo* (*Revue bleue*, 23 juin 1894, et *Essai sur les protectorats*, 1896, p. 282 et suiv.

2. Delpech, *Revue droit int. public*, t. IX, p. 468.

neté territoriale indigène, c'est-à-dire pas de pouvoir appartenant à une association d'hommes de formuler ses conditions d'existence, de constituer un gouvernement en vue d'un but déterminé, de se conduire d'une manière libre et autonome à l'égard des Etats étrangers. Le territoire congolais était une *res nullius*.

De sa nature, le Congo était une colonie belge. La reconnaissance de 1885 ne pouvait rien changer à la réalité des choses. Un Etat est ou n'est pas ; par suite la reconnaissance d'un Etat ne peut être que déclarative. Or, loin de reconnaître l'Etat du Congo qui était inexistant, les puissances le créaient, c'est-à-dire qu'elles feignaient de croire qu'il existait. La création abstraite d'une personne juridique est incontestablement une fiction. Celle-ci était un expédient de scolastique diplomatique qui tendait à faire du Congo, dans la réalité, mais non dans la lettre, une colonie belge. On croyait échapper aux objections en appliquant aux choses de fausses étiquettes.

La conception patrimoniale de la souveraineté permet au prince de disposer de cette dernière par les modes du droit civil. C'est pourquoi, l'Union personnelle étant généralement issue d'une coïncidence des lois successorales appelant le même héritier à deux couronnes, il arrive un moment où celles-ci, un instant sur une même tête, se trouvent appelées à échoir à deux souverains

différents, par suite de la coaction héréditaire d'un autre souverain. Le même résultat peut être obtenu par la voie testamentaire. Le roi Léopold, étant souverain patrimonial du Congo et ce prétendu Etat se trouvant dans sa succession, il pouvait en disposer en faveur de la Nation. C'est ce qu'il fit.

Or, lorsqu'en 1908, les Chambres belges votèrent la réunion du Congo à la Belgique, l'inutilité de la conception de l'Etat fictif apparut clairement. On comprit que l'opération qui s'accomplissait alors aurait aussi bien pu s'effectuer en 1885. Car la situation était semblable aux deux époques ; il n'y avait pas plus de risques de guerre en 1908 qu'en 1885, et les puissances avaient, dès 1885, en reconnaissant l'Etat du Congo, donné leur assentiment à ce que la Belgique fût pourvue en Afrique d'une colonie.

Le scrupule juridique inspiré par la neutralité était d'une exagération manifeste. Pourtant l'argument tiré de la colonisation du Congo fut repris par les Allemands, au cours de la guerre de 1914-1918, à l'appui de leur tentative de justification de la violation du territoire belge. A l'origine, le chancelier Bethman-Holweg s'était contenté de déclarer insolemment, à la tribune du Reichstag : « Nous sommes dans la nécessité de nous défendre, la nécessité ne connaît pas de lois. Nos troupes ont déjà envahi le territoire belge. » C'était un aveu cynique. Mais lorsqu'il s'agit de ménager l'opinion des neutres, et,

particulièrement celle des Etats-Unis, le gouvernement allemand entra dans la voie de la dialectique ; le premier terme de son argumentation fut que, du moment que la Belgique avait colonisé, elle était sortie de sa neutralité et qu'elle n'avait plus dès lors le droit de l'invoquer.

Cette considération était inopérante. Un Etat perpétuellement neutre peut modifier son assiette territoriale à la condition d'obtenir l'assentiment des puissances qui lui ont imposé sa neutralité et qui l'ont garantie. La volonté des parties peut transformer ce qu'elle a établi. Or les puissances, en 1885, avaient reconnu l'Etat du Congo. Qu'est-ce à dire, sinon qu'elles avaient consenti à ce que la Belgique eût une colonie ?

Cela démontre non seulement l'erreur de la casuistique germanique, mais l'inanité des scrupules de la Belgique elle-même, lorsqu'on imagine la fiction de l'Etat du Congo. La reconnaissance de cet Etat par les puissances, dont la volonté créait la fiction, impliquait leur adhésion à la réalité, c'est-à-dire à la colonisation du Congo par la Belgique. On pouvait seulement se demander si la neutralité de la Belgique n'entraînerait pas celle du Congo. Mais les puissances avaient prévu la difficulté en laissant à la Belgique la liberté de proclamer la neutralité perpétuelle de tous Etats ou de toutes possessions situées dans le bassin conventionnel du Congo.

Il n'y avait donc en 1885 d'autre obstacle à l'acqui-

tion directe du Congo par la Belgique à titre de colonie, que la Constitution belge. Mais cette acquisition ne se heurtait à aucune objection sérieuse venant des principes du droit international du régime de la neutralité perpétuelle. La fiction avait donc été ici un expédient inutile.

Son intervention était d'ailleurs dangereuse. Car elle tendait à donner à la diplomatie l'impression qu'elle est souveraine des règles du droit et qu'il lui appartient de les faire naître et de les supprimer. Il est rationnellement inadmissible, et pratiquement périlleux, que la politique ait la possibilité de méconnaître, par la fiction, les contingences de la réalité, de s'élever en quelque sorte au-dessus d'elles, et de s'attribuer ainsi le caractère d'une autorité discrétionnaire.

SECTION II

La souveraineté extérieure de l'Etat

La souveraineté a été constamment regardée comme l'un des éléments essentiels de l'Etat.

Si l'on se place au point de vue interne, cette conception est exacte. En raison de la puissance publique qu'il exerce

sur les particuliers, l'Etat se distingue de ceux-ci par son droit d'autorité. Toutefois la notion même de souveraineté intérieure ne doit pas être exagérée. Loin de créer le droit, l'Etat est soumis au droit, et il ne jouit pas à l'égard des individus d'une entière immunité. Même sous son aspect interne, la souveraineté n'est donc pas absolue. Ce qu'il faut dire seulement, c'est qu'elle est réelle et indispensable.

Quant à la prétendue souveraineté extérieure, c'est-à-dire envisagée dans les rapports des Etats entre eux, il convient d'abord de faire remarquer son inutilité. Si tous les Etats sont souverains, il n'y a aucune conséquence à tirer de cette identité de leur substratum juridique, puisqu'ils se présentent tous dans le même plan.

Mais, il convient, à notre sens, d'aller plus loin et de montrer que la notion dont il s'agit, comprise comme elle l'a été généralement, est une simple fiction dont le rôle a été des plus néfastes.

La souveraineté extérieure des Etats est, depuis longtemps déjà, battue en brèche. Elle a été d'abord conçue comme un droit *absolu* qui appartiendrait aux Etats d'agir librement dans leurs relations avec les autres Etats.

La conséquence principale de cette liberté absolue serait la faculté de faire la guerre. Les internationalistes ont aperçu ce que cette conception avait d'excessif et de contraire même à la réalité des faits. La souveraineté

apparaît, en effet, comme limitée par les autres souverainetés. Il ne peut exister, à la surface du monde, deux libertés absolues. Aussi l'idée de souveraineté a-t-elle été abandonnée pour celle d'indépendance. Mais l'indépendance des Etats n'est elle-même qu'une interdépendance mutuelle, analogue à ce qu'est la liberté entre les individus, c'est-à-dire quelque chose de relatif, la liberté de tous n'étant possible que grâce à des sacrifices consentis sur chacune des libertés individuelles (1). Mais l'idée d'interdépendance n'est en définitive qu'un aspect de celle de souveraineté. Et c'est celle-ci qu'il convient de rejeter d'une manière définitive de la science et de la pratique du droit international.

La notion de souveraineté est radicalement fausse. A aucune époque, un Etat n'a pu commander absolument, puisque sa souveraineté extérieure se heurtait aux autres souverainetés égales à la sienne. A aucune époque un Etat n'a possédé une liberté d'action illimitée et sa liberté a été restreinte par ses engagements et par la présence même des autres Etats. La souveraineté ne saurait exister, pour les Etats comme pour les individus, que dans l'isolement, c'est-à-dire dans des conditions irréelles. Qu'est-ce à dire, sinon que le concept de souveraineté, tel qu'on l'a entendu jusqu'ici, est une simple fiction.

1. Pillet, *Droits fondamentaux des Etats bourgeois : la solidarité*.

Or, non seulement le dogme de la souveraineté a été une fiction, mais cette fiction n'a cessé d'être nuisible. Et c'est dans la politique allemande qu'il a révélé son maximum de nocivité.

S'il est vrai que la lutte pour la puissance est la loi de l'universel Avenir et la cause de toute évolution dans la nature, pourquoi, ainsi que l'a soutenu Frédéric Nietzsche, les rapports entre les hommes ne seraient-ils pas nécessairement soumis aux mêmes conditions ? C'est donc la guerre que nous trouverons à l'origine des sociétés humaines et au cours de leur développement ; c'est elle qui déterminera leur organisation et leur progrès. « Celui qui sait commander, disait le philosophe d'outre-Rhin que nous venons de nommer, celui dont la nature a fait un maître, celui qui se montre puissant dans son œuvre et dans son geste, qu'importe à celui-là les traités ! » (1) La souveraineté aboutit au rejet de la justice et de la pitié. L'Etat devient une fin en soi et l'unique mission des gouvernants est de poursuivre son expansion sans limite. La théorie du chiffon de papier se trouve justifiée, puisque l'utilité est pour l'Etat le seul fondement du droit. De là le refus de recourir à l'arbitrage opposé par l'Allemagne avant la guerre et ses objections systématiques au développement des institutions juridiques internationales.

1. Nietzsche, *Œuvres*, 9, 152.

La fiction de souveraineté a été nuisible sous un autre aspect. Il n'y a pas d'organisation juridique internationale sans l'établissement d'une règle de droit et sans une sanction de cette règle. Dans l'état des choses antérieur à la guerre, la foi due aux traités était l'unique base du droit international. Que cette foi disparût, et l'édifice fragile de la Société des Etats, de la Paix s'écroulait ! La violation de la neutralité de la Belgique et des règles fondamentales du droit international solennellement consacrées par les traités ait mis en évidence la nécessité de sanctions plus sévères et déterminées (1).

Or, par elle-même, la fiction de souveraineté a été contradictoire à celle de la discipline juridique et de la sanction de la règle de droit. Car si un Etat est considéré comme absolument souverain, rien ne peut l'obliger à se soumettre à une règle supérieure de droit conventionnellement reconnue par la Société des Etats et à coopérer à la répression d'un acte contraire à cette règle. A l'idée surannée d'une souveraineté absolue de chaque Etat se substitue aujourd'hui celle de communauté et d'organi-

1. Sur l'insuffisance des sanctions dans l'ancien droit international, voir de Louter : *la Crise du droit international*, dans *Revue générale du Droit international public*, janvier-février 1919 : « Le droit international, dit cet auteur, a toujours été le cendrillon de la famille juridique » (page 83)

sation internationales qui rend possible l'établissement d'un régime de sanction (1).

Sans doute il ne peut s'agir dans l'état présent du monde, d'une fédération d'Etats ou d'un super-Etat, qui aurait une volonté et une action superposée aux volontés et aux actions de chaque Etat. Mais il est possible — et c'est ce qu'a tenté le Pacte de la Société des Nations — de fonder une Société des Nations sur la base contractuelle. La sanction reposera ainsi sur le contrat, et elle sera assurée par des organes et des forces librement créés. Or, la Société des Nations ne sera une réalité que le jour où tous les Etats auront renoncé au dogme de la souveraineté entendue comme un pouvoir absolu et ne souffrant aucune espèce de limitation, fût-ce celle des règles du droit. En ce sens, on peut dire très justement que l'organisation du monde et de la paix dépendent de la disparition d'une fiction et que celle-ci a été, aux mains des hommes politiques et dans l'enseignement des juristes, une malencontreuse construction destinée à favoriser les tendances impérialistes des Etats.

1. La notion de souveraineté éveille l'idée de lutte, tandis que celle d'organisation implique l'idée d'ordre, de paix, de services rendus : Jellinck, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, p. 441 et suiv.

CHAPITRE II

La Fiction en matière d'occupation territoriale

Une prise de possession réelle et effective est un élément essentiel de l'occupation considérée comme mode d'acquisition du domaine international. Cet élément est réalisé lorsque l'Etat occupant a créé sur le territoire qu'il veut occuper une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis.

Mais cette notion ne s'est précisée que peu à peu et le rôle de la fiction a été important dans sa formation.

L'idée d'occupation a été transportée sous l'influence romaine, du droit privé en droit public international. Ce mode d'acquérir, qui a été prépondérant dans la vie privée originaire, n'a presque plus d'application dans la vie privée contemporaine. Au contraire, il devait prendre une importance spéciale dans les relations internationales en présence du mouvement rapide qui a poussé les grandes puissances européennes (Allemagne, Angleterre, France, Italie) à fonder des colonies en Afrique et en Océanie. Ces puissances ont vu devant

elles un grand nombre de terres libres, c'est-à-dire n'appartenant à aucun État en souveraineté. Tandis qu'en droit privé, l'occupation suppose l'*onimus domini*, c'est-à-dire l'intention de se comporter comme propriétaire, en droit international, elle implique l'*onimus imperie*, c'est-à-dire l'intention de se comporter en souverain. D'autre part — et c'est un des points essentiels de la distinction entre l'occupation du droit privé et celle du droit international public — il ne suffit pas que l'occupant fasse un acte matériel d'appropriation et manifeste la volonté de se comporter en maître, il faut encore qu'il justifie sa prétendue acquisition par des services rendus. Il en résulte que, tandis qu'un propriétaire peut pratiquer l'absentéisme et se désintéresser de la mise en valeur de son bien, sans cesser, dans la conception classique, d'en être propriétaire, un État ne saurait, dans les mêmes conditions, se créer ou conserver un titre de souveraineté.

La théorie de l'occupation en droit international public s'est donc formée à l'aide de la théorie civiliste, puis s'en est écartée et détachée pour se constituer d'une manière indépendante.

Comment cette évolution s'est-elle produite et quelle place y a tenu la fiction ?

L'histoire de l'occupation peut, à notre point de vue, se diviser en trois périodes :

En premier lieu, les attributions territoriales se font d'une manière arbitraire.

Puis les peuples prétendent baser leurs droits sur la découverte.

Enfin l'occupation exige une prise de possession effective.

A l'origine les puissances n'ont fondé leurs titres à l'empire colonial ni sur une prise de possession effective, ni sur un droit de découverte. Les attributions de territoires nouveaux se faisaient d'une manière purement arbitraire. La papauté a la prétention, réalisée depuis Nicolas V, en 1454, jusqu'à Alexandre VI, en 1493, d'attribuer les territoires qui ne sont pas encore découverts à des puissances privilégiées et d'avance déterminées : les Espagnols, les Portugais. Notamment Alexandre VI octroie ou réserve, par la célèbre bulle du 14 mai 1493, aux Espagnols, en conflit avec les Portugais, toutes les terres situées à l'occident ou au midi d'une ligne idéale, tracée à cent lieues à l'ouest des Açores.

Ce système d'attribution des bulles papales souleva de vives protestations. Les pays protestants exclus des attributions dont il s'agit, furent les premières à réclamer contre l'application de cette méthode aboutissant à des acquisitions qui ne répondaient à aucune espèce de service rendu. Les territoires habités par des populations arriérées, dépourvues de toute civilisation, étaient

d'avance réservés à des puissances qui n'avaient pas encore acquis le moindre titre au droit qui leur était ainsi reconnu parce qu'elles n'avaient fait aucun acte tendant à rapprocher ces territoires inexplorés et inconnus de l'ensemble des pays civilisés et à les amener un jour dans la sphère de leur action et de leur rayonnement.

Aussi voit-on les peuples navigateurs invoquer la découverte comme base de leurs prétentions. L'Angleterre prétend fonder sa souveraineté sur le continent nord-américain sur le fait que le navigateur vénitien Cabotto, à la solde d'Henri VII, a le premier, en 1496, découvert la côte américaine. De même les Espagnols et les Portugais, ne pouvant invoquer contre les autres nations, les bulles pontificales, établissent sur la priorité de la découverte leurs droits sur l'Amérique centrale et l'Amérique du Sud. Aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles, les souverains de l'Europe ont constamment donné aux navigateurs le pouvoir d'acquérir par la découverte, en leur nom, la souveraineté et la propriété. Si l'on retient la découverte à titre préférentiel, c'est que celle-ci implique un certain service rendu : la terre jusque-là inconnue se trouve repérée au regard de l'humanité. D'ailleurs la découverte est constatée par un signe matériel ; érection d'une croix, d'une pyramide, d'un poteau supportant un drapeau. Or, certaines décisions des jurisconsultes romains n'ont-elles pas admis, en droit privé,

qu'on peut prendre possession de tout un domaine sans même l'avoir en entier parcouru ? Ainsi la découverte semble-t-elle se rattacher à l'occupation.

Mais cette prétendue occupation, simplement fictive et symbolique, est à l'évidence, insuffisante. Les croix, poteaux et inscriptions signifient bien l'intention de s'approprier une terre découverte, mais ils ne prouvent nullement que l'occupation ait eu réellement lieu. En fait, les navigateurs ne respectent pas toujours les monuments élevés par les explorateurs précédents. Peut-on dès lors reconnaître à ces monuments une valeur d'acquisition ?

Aussi les internationalistes et les publicistes (Grotius, Bynkershoek, Vattel, G. de Martens) sont unanimes à réclamer une prise de possession *effective*, concourant avec la volonté certaine de s'approprier les territoires découverts. Il n'y a d'effectivité dans la possession que si celle-ci est durable, c'est-à-dire s'il y a sur le territoire un établissement d'autorité. Une prise de possession sans occupation réelle est en opposition directe avec les droits de la nature, parce que celle-ci a destiné la terre entière à la satisfaction des besoins des hommes et ne permet pas, en conséquence, de s'approprier un pays dans le seul but d'empêcher les autres d'en tirer avantage. Le droit des gens ne reconnaît la propriété et la souveraineté d'une nation que sur les pays vides, qu'elle aura

occupés réellement et de fait, dans lesquels elle aura formé un établissement et dont elle tirera un avantage actuel.

Ainsi le droit international veut limiter les convoitises excessives d'un impérialisme qui chercherait à augmenter ses domaines sans y rendre les services qui justifient l'acquisition du droit de souveraineté. La théorie de l'occupation en droit international est complètement différenciée de celle du droit civil en ce sens que la condition d'effectivité y apparaît sous une formule particulière.

Il ne restait plus qu'à préciser cette formule dans un texte. Ce fut l'œuvre de la Conférence de Berlin, en 1885. Le point de départ de cette Conférence fut le traité conclu entre l'Angleterre et le Portugal, le 26 février 1885, et dans lequel l'Angleterre reconnaissait certains droits au Portugal dans certaines régions de l'Afrique, notamment en ce qui concerne le Congo. La France et l'Allemagne protestèrent et demandèrent que la question de l'occupation, et, d'une manière générale, celle de la colonisation dans l'Afrique, fût définitivement fixée (1).

Jules Ferry, alors ministre des Affaires étrangères,

1. A. Martens, *la Conférence du Congo à Berlin et la politique coloniale des Etats modernes* (*Revue droit intern.*, t. XVIII, p. 113 et suiv., 144 et suiv.).

donna aux plénipotentiaires des instructions conformes à la doctrine qui vient d'être rappelée.

« Un Etat, disait-il, peut acquérir, par la simple prise de possession, la souveraineté des territoires, soit inoccupés, soit appartenant à des tribus sauvages, pourvu que cette prise de possession soit effective, c'est-à-dire accompagnée et suivie de certains actes constituant un commencement d'organisation. Le simple fait de planter un drapeau ou de planter des emblèmes ne suffit pas à créer ou à maintenir un titre à la possession exclusive d'un pays placé dans de telles conditions. Nous nous sommes, pour notre part, conformés à ces principes dans la formation successive des établissements que nous possédons aujourd'hui sur la côte occidentale d'Afrique, dans les rivières du Sud comme sur le littoral du Bénin et du Yabon. »

La France reconnaissait ainsi clairement le principe de l'effectivité de l'occupation. Ce principe faisait disparaître le doute sur la réalité de l'occupation et ne laissait, par suite, aucune place pour d'autres explorations et des contestations de titres. En ce sens, il était une garantie de paix. Mais, en outre, ce même principe était le seul qui justifîât l'acquisition. Un Etat civilisé ne peut légitimement étendre sa souveraineté sur des territoires occupés par des peuplades sans organisation politique qu'à la condition d'y apporter la civilisation

et d'y faire pénétrer effectivement sa souveraineté.

Les règles admises par la Conférence de Berlin, relativement à l'occupation, ont été inscrites dans les articles 34 et 35 de l'Acte final.

Article 34. — « La puissance qui, dorénavant, prendra possession d'un territoire sur les côtes du continent africain, situé en dehors de ses possessions actuelles, ou qui, n'en ayant pas eu jusque-là, viendrait à en acquérir, et de même, la puissance qui le soumettra à un protectorat, accompagnera l'acte d'une notification adressée aux autres puissances signataires. »

Article 35. — « Les puissances signataires du présent acte reconnaissent l'obligation d'assurer, dans les territoires occupés par elles sur les côtes du continent africain, l'existence d'une *autorité suffisante* pour faire respecter les droits acquis et, le cas échéant, la liberté du commerce et du travail, dans les conditions où elles seraient stipulées. »

L'autorité suffisante caractérise la souveraineté. Aussi longtemps qu'une telle autorité n'existe pas pour faire respecter les droits acquis, il n'y a pas d'acquisition territoriale. L'occupation nominale d'une terre sans maître, c'est-à-dire sans souverain, ne saurait suffire à fonder, juridiquement et rationnellement, cette acquisition. Un établissement effectif de souveraineté est nécessaire. Un Etat n'a le droit d'acquérir un territoire qui n'est encore

à personne, qu'à la condition d'y faire pénétrer la civilisation, avec ses éléments essentiels de police et de justice.

Le texte de l'acte de Berlin ne vise que les côtes du continent africain. Mais les motifs de la règle consacrée par cet acte étant d'ordre général, il convient de l'appliquer d'une manière universelle sur l'ensemble du globe.

Peu de temps après sa proclamation, la règle en question fut, en effet, appliquée par l'autorité pontificale dans l'Affaire des îles Carolines, situées en Océanie (1). Malgré la possession plus que séculaire de l'Espagne, le cabinet de Berlin prétendit que cette puissance n'avait jamais effectué une prise de possession réelle et effective, ou, tout au moins, avait renoncé à posséder ces îles qui devaient être considérées comme libres. Le pape Léon XIII, dans sa médiation, ratifiée par les deux Etats le 17 décembre 1885, reconnut la souveraineté de l'Espagne sur les Carolines, en tenant compte de ses droits historiques, mais en l'invitant à rendre désormais son occupation plus effective et à laisser trafiquer les négociants allemands. Le gouvernement espagnol dut, par suite, établir le plus tôt possible dans l'archipel une administration

1. Louis Selosse, *l'Affaire des Carolines*, 1886, Lefebvre de Béhaine, *Léon XIII et le prince de Bismarck* l'arbitrage des Carolines (*Revue des deux-Mondes*, 1^{er} juillet 1897).

régulière avec une force suffisante pour assurer l'ordre et les droits acquis (1).

La règle de l'effectivité de l'occupation, désormais acquise au droit international (2) n'a cependant pas toujours été observée d'une manière rigoureuse, elle a été tournée grâce à certains expédients et à certaines conceptions modernes. Nous voulons parler du protectorat fictif et de l'hinterland.

L'occupation effective exigea la création d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis. Ce principe a une portée universelle et s'applique notamment aux protectorats. Or, l'installation et le maintien de l'autorité dont il s'agit impliquent l'envoi et l'entretien de troupes et des fonctionnaires de diverses administrations. En outre, si l'expérience révèle que le territoire n'a pas le rendement colonial espéré, on peut estimer utile de se retirer. Et si l'on n'est pas certain de rester, il vaut mieux ne pas s'installer d'une manière ferme. La politique préférera donc toujours l'occupation fictive à l'occupation effective ; la première est moins coûteuse et, le cas échéant, moins compromettante.

L'article 34 du traité de Berlin n'a requis qu'une seule

1. Le traité du 12 février 1899 opéra la cession des Carolines à l'Allemagne.

2. Les règles admises par la Conférence de Berlin ont été approuvées par l'Institut de droit international (session de Lausanne, 1888. *Annuaire de l'Institut*, t. X, p. 201).

condition pour l'établissement d'un protectorat : la notification aux Puissances. Mais les plénipotentiaires de la Conférence n'ont pas déterminé le critérium de la distinction entre le protectorat et l'occupation proprement dite. Il est certain que le protectorat ne peut s'appliquer qu'à un Etat déjà organisé et que l'occupation ne doit être appliquée qu'aux territoires *res nullius*. Il en résulte pratiquement qu'une puissance peut, sous la forme du protectorat réaliser une véritable occupation de territoire, en opérant une prise de possession fictive, contrairement à l'article 35 de l'acte de Berlin.

On suppose que le territoire *res nullius* est un Etat avec lequel on passe du traité de protectorat. On feint de se trouver en présence d'une association politique organisée, d'une souveraineté alors qu'on n'a devant soi qu'une juxtaposition de tribus sans conscience d'unité politique. Tel est le protectorat fictif ou pseudo-protectorat si largement pratiqué en Afrique par les Allemands.

On aperçoit ici une situation très voisine de celle qui s'est appliquée au Congo de 1885 à 1908. Dans l'un et l'autre cas, mais sous des aspects différents, il y a bien une fiction d'Etat.

Le système du protectorat fictif permet d'économiser les frais qui résultent de l'entretien de troupes et de fonctionnaires et d'éviter, en cas d'insuccès, une atteinte au

prestige national. Mais il fait échec à la règle de l'effectivité de l'occupation.

Une autre théorie qui tend à consacrer dans les rapports des Etats la pratique de l'occupation fictive est celle de l'hinterland. On entend par hinterland ou pays en arrière, la zone placée sous l'influence d'une puissance et que les autres puissances sont obligées de respecter en s'abstenant de l'occuper ou d'y établir un protectorat. Pour éviter autant que possible les occasions de conflits pouvant résulter de l'exploitation de l'Afrique par les puissances européennes, des conventions ont été conclues entre l'Allemagne, l'Angleterre, la France, l'Italie et le Portugal, par lesquelles le continent africain a été divisé en un certain nombre de zones réservées à l'influence de chacun de ces Etats. La théorie de l'hinterland a pour résultat de dispenser les Etats contractants de justifier entre eux d'une prise de possession réelle et de l'établissement d'une autorité suffisante dans la zone ou la sphère réservée à leur influence. La condition d'occupation effective, exigée par l'acte de Berlin, fait donc défaut. On pourrait être tenté de considérer les choses d'une manière un peu différente et de dire que le but des conventions dont il s'agit étant simplement de ménager à chaque puissance une zone où elle exercera un monopole de pénétration coloniale, l'influence ne doit être transformée en souveraineté que par le fait

d'une occupation effective. Cette argumentation serait plus spécieuse que juste. En réalité, il y a bien dans l'hypothèse envisagée, une attribution de territoire, un partage sur le papier avec toute occupation effective.

Sous réserve de ce qui vient d'être dit relativement au protectorat fictif et à l'hinterland, l'histoire nous apprend que l'occupation, d'abord fictive est devenue effective. Le terme de l'évolution a été l'acte de Berlin de 1885 qui a posé expressément le principe de l'effectivité.

Or, si l'on cherche à analyser la notion de l'occupation fictive, qui a joué un rôle si important dans cette évolution, on voit que la fiction peut être envisagée sous deux aspects différents.

En premier lieu on peut considérer qu'il n'y a eu qu'une apparence de fiction. N'a-t-on pas vu toujours, en effet, un embryon d'établissement, une opération matérielle, si élémentaire soit-elle, destinée à créer le titre sur un territoire découvert ? Cette opération a été une prise de possession embryonnaire. Elle a consisté à l'origine dans l'érection d'une simple croix sur le rivage, d'un poteau portant des inscriptions, de quelques pierres avec un document attestant le débarquement. Puis on demanda qu'il y eût un établissement plus formé, par exemple que l'on commençât à créer l'ordre en installant

une autorité à l'embouchure d'un fleuve, sans exiger d'ailleurs que l'on pénétrât dans tout le bassin de ce fleuve (1). Enfin on exigea qu'il y eût une pénétration directe de l'autorité sur tous les points prétendus. Il y a eu ainsi un élargissement progressif d'une même idée. Après s'être réduite au début à un certain nombre d'actes très sommaires, la notion d'effectivité a impliqué ensuite des actes de plus en plus nombreux et plus caractéristiques de la prise réelle de possession. Ce processus s'explique si l'on réfléchit qu'à l'origine on cherchait seulement à s'approprier des terres nouvelles suivant les règles du droit privé ; mais le progrès de la mentalité générale et du droit international a plus tard fait comprendre que ce qui fait le titre, ce n'est pas un acte semblable à ceux du droit privé, mais l'accomplissement d'un devoir de civilisation supérieure vis-à-vis de peuplades de civilisation inférieure. Dès que ce devoir social est rempli, il crée, non un titre de propriété, mais bien un titre de souveraineté. Ainsi s'est substituée l'occupation effective à l'occupation fictive, mais, en réalité, il n'y a

1. L'établissement d'un Etat à l'embouchure d'un fleuve lui fait-il acquérir la souveraineté du bassin tout entier, de tout le pays arrosé par ce fleuve et par ses affluents ? Bluntschli, Dudley-Field ont adopté l'affirmative et telle fut la thèse soutenue par les Américains du Nord à la Conférence de Londres en 1827. Au contraire, F. de Martens, Salomon, Traders-Twiss ont répondu par la négative. (Voir Bonfils et Fauchille, *Manuel de droit international public*, n° 5531).

jamais eu, peut-on dire, de fiction proprement dite. Ce qu'on a nommé l'occupation fictive, par rapport à l'occupation effective, a été simplement une occupation moins effective que l'autre. L'histoire montre donc, non pas un véritable emploi de la fiction, mais des conceptions successives et différentes de l'occupation.

Mais il est une autre manière de comprendre l'évolution dont il s'agit. *Rationnellement*, la souveraineté ne peut s'acquérir de la même manière que la propriété. L'acte matériel d'appropriation d'un territoire, l'*animus domini* au sens privé du mot, ne suffit pas : le titre de souveraineté résulte seulement des services rendus à la civilisation par l'établissement de l'ordre et l'installation d'une autorité propre à réaliser cet établissement. Or, la véritable occupation territoriale entraîne logiquement une acquisition de souveraineté. Si donc, l'Etat qui prétend occuper un territoire se contente d'un acte matériel indiquant son intention d'appropriation et n'y crée pas une autorité suffisante pour faire respecter ses droits et remplir son devoir de civilisation, il n'occupe pas ce territoire d'une manière réelle et effective.

Avant que cette vérité juridique fût dégagée et précisée dans un texte, elle existait néanmoins. Il en résulte que les manifestations élémentaires et symboliques d'occupation, non accompagnées d'un établissement quelconque d'autorité, ne constituaient à aucun degré des

occupations effectives. Si l'on envisage l'histoire de ce point de vue, il est vrai de dire que l'occupation a été longtemps une simple fiction et qu'elle n'est devenue une réalité que le jour et dans la mesure où elle s'est réalisée par les actes constitutifs de l'établissement de la souveraineté.

CHAPITRE III

Le blocus fictif

Le blocus, investissement des ports et des côtes de l'ennemi, a pour but d'intercepter les communications de l'ennemi avec le dehors afin de ruiner son commerce. Ses effets ne se manifestent pas seulement à l'égard des belligérants, mais aussi et surtout à l'égard des neutres dont il coupe toute relation commerciale avec les ports bloqués.

De là découlent la notion et les caractères du blocus. Celui-ci apparaît comme une transaction entre le belligérant qui voudrait interdire tout commerce et le neutre qui désire continuer son trafic comme en temps de paix. Le neutre fait le sacrifice de l'arrêt de son commerce et le belligérant celui de l'immobilisation d'une partie de sa puissance de guerre. Cette conception a pour corollaire l'effectivité du blocus qui se trouve restreint dans la mesure où le belligérant peut exercer la surveillance. Comment admettre un blocus sans forces suffisantes ? L'un des termes de la transaction — l'arrêt du commerce neutre — ferait défaut.

Aussi bien, la fictivité, c'est-à-dire l'absence d'effectivité du blocus, fait-elle échec à un principe fondamental du droit international. Si l'on admet qu'un belligérant peut, par simple décret, déclarer le blocus des côtes ennemies, prohiber le commerce neutre avec ces côtes, on attribue à un acte législatif émané d'un Etat une portée obligatoire et une valeur juridique à l'encontre des autres Etats ; on attente à l'indépendance de toutes les nations (1).

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le blocus doit être effectif et à déclarer illégitimes les blocus fictifs sur papier, de cabinet ou par notification.

Quant à l'histoire, elle nous révèle que, pendant longtemps, la plupart des blocus furent fictifs et les belligérants prétendirent bloquer de loin, par simple déclaration, les territoires avec lesquels ils voulaient empêcher tout commerce, soit de l'ennemi, soit des neutres.

C'est seulement au xvi^e siècle que les Etats pensent à user du blocus. Car auparavant, l'idée de neutralité n'existait pas ; qui n'était pas allié était ennemi. Lorsque s'opéra la distinction de l'ennemi et du neutre, les belligérants cherchèrent à priver les ennemis de toute relation commerciale avec les neutres.

En 1584, les Hollandais, en guerre avec l'Espagne,

1. Fauchille, *Du blocus maritime*, p. 74 et suiv.

déclarèrent en état de blocus tous les ports de Flandre, sans se soucier de placer des vaisseaux autour de ceux-ci. Ce blocus, tout fictif, fut renouvelé par les ordonnances des 4 avril et 4 août 1586, 9 août 1622, 21 mars 1624 et par l'édit du 26 juin 1630. En 1652 et 1666, la Hollande prononça le blocus des côtes de la Grande-Bretagne et de ses possessions dans les diverses parties du monde et elle édicta, les 14 avril 1672 et 11 avril 1673, une pareille mesure contre la France. De son côté, l'Espagne, en 1663, avait déclaré bloqués tous les ports du Portugal.

Des principes plus justes se montrèrent dans plusieurs traités du ^{xviii}e siècle qui exigèrent pour le blocus un investissement réel des ports déclarés bloqués. Mais la pratique ne se conforme pas à ces indications. Durant la guerre de Sept ans, l'Angleterre perpétua ses traditions. Afin d'empêcher les Hollandais de faire le commerce entre les colonies françaises et la métropole, elle déclara, par une simple proclamation, tous les ports français en état de blocus et ses croiseurs capturèrent de nombreux navires hollandais. Sur la protestation des états généraux, l'Angleterre restitua les navires saisis ; mais cette restitution n'était, dans sa pensée, qu'une simple faveur et le gouvernement britannique eut soin de dire que désormais tout navire qui tenterait de violer un blocus déclaré, serait capturé et confisqué.

Fidèle à sa théorie du blocus fictif, l'Angleterre, en

1775, pour se venger de l'appui donné par le gouvernement de Louis XVI aux colonies américaines récoltées, édicta de nouveau contre la France un blocus par simple proclamation. Le juge de la Cour de l'Amirauté britannique, James Marriot, disait en 1780 : « La Grande-Bretagne bloque naturellement tous les ports de l'Espagne et de la France. Elle a le droit de tirer parti de cette position, comme d'un don qui lui a été accordé par la Providence (1).

Une ligue des Etats maritimes se forma pour combattre ces prétentions. Le 28 février 1780, Catherine II, impératrice de Russie, fit publier la déclaration par laquelle elle manifestait sa résolution d'employer la force pour faire respecter la neutralité de son pavillon. Ainsi fut établie la Ligue de neutralité armée. La plupart des Etats européens donnèrent leur adhésion à la déclaration de 1780 dont le paragraphe 4 formula pour la première fois la condition d'effectivité du blocus dans les termes suivants : « On n'accorde la dénomination de port bloqué qu'à celui où il y a, par la disposition de celui qui l'attaque avec des vaisseaux arrêtés et suffisamment proches, un danger évident d'entrer. » Cette définition, reproduite dans les traités du 11 janvier 1787 entre la France et la Russie (art. 27) et entre la Russie et les Deux-Siciles, le 17 janvier 1787 (art. 18), repousse les

1. Calvo, t. V, livre V, section 2, § 2909 à 2914.

blocus sur papier, par simple déclaration, et les blocus par croisière.

Le blocus passait ainsi du domaine de la fictivité à celui de l'effectivité.

La Convention de 1780 fut sensiblement modifiée dans le traité de 1801, entre l'Angleterre et la Russie, qui, substituant la particule « ou » à la particule « et » permit d'établir un blocus, soit à l'aide de vaisseaux arrêtés, soit à l'aide de vaisseaux suffisamment proches, au lieu d'exiger l'une et l'autre condition.

Mais la règle de l'effectivité n'en subsistait pas moins en elle-même. De nombreuses violations en furent d'ailleurs commises par les grandes puissances maritimes, surtout par l'Angleterre. Souvent on eut recours au blocus de papier ou de cabinet, consistant dans la proclamation en état de blocus d'un port ou d'une côte sans qu'il y eût des forces suffisantes pour le faire respecter, et au blocus par croisière, consistant à faire croiser des navires de guerre devant les ports de la côte décrétés de blocus pour arrêter des navires neutres qui tenteraient de franchir la ligne du blocus. Ainsi, en 1806, l'Angleterre déclara bloquées toutes les côtes de la France, depuis Brest jusqu'à l'embouchure de l'Elbe. Napoléon usa de représailles par le décret de Berlin du 21 novembre 1806, inaugurant le système du blocus continental. Ce décret fut encore aggravé par celui de Milan du 7 décembre 1806.

Les îles Britanniques étaient déclarées bloquées ; toute espèce de relations étaient rompues avec elles au point de vue commercial et toute marchandise de provenance anglaise saisie devait être confisquée. L'Angleterre répondit par un nouvel ordre du Conseil en date du 11 novembre 1807, dans lequel elle déclarait bloqués tous les ports et toutes les places fortes de la France et de ses alliés en Europe et dans les colonies.

Au cours du *xix^e* siècle, la France a toujours admis que le blocus n'est valable à l'égard des neutres que s'il est effectif. Les Etats-Unis se sont déclarés partisans de l'effectivité du blocus (1). Quant à la Grande-Bretagne, elle a continué à admettre les blocus fictifs jusqu'en 1856. A la suite du Congrès de Paris parut en effet la déclaration du 16 avril 1856 dont l'article 4 portait que « les blocus pour être obligatoires, doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire l'accès du littoral ennemi ». Presque toutes les puissances, parmi lesquelles l'Angleterre, adhérèrent à cette déclaration, qui, au contraire de celle de 1780, émanée de neutres, était faite par des belligérants.

Enfin la déclaration de Londres du 26 février 1909 porta ce qui suit : « Conformément à la déclaration de Paris de 1856, le blocus, pour être obligatoire, doit être

1. *Archives diplomatiques*, 1861, III, p. 440.

effectif, c'est-à-dire maintenu par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral ennemi. » Les Etats-Unis, qui n'avaient pas signé la déclaration de Paris; et qui, par suite, ne pouvaient admettre la règle de l'effectivité que comme règle coutumière, se trouvèrent désormais soumis à cette règle comme règle conventionnelle puisqu'ils avaient signé la Convention de Londres. L'article 3 de cette même déclaration ajoutait que « la question de savoir si le blocus est effectif est une question de fait.

Le droit conventionnel est donc mis en harmonie avec le droit théorique en exigeant que les blocus soient effectifs pour être obligatoires.

Si l'on essaie de dégager le sens de cette histoire, on y voit que la fiction, en matière de blocus, de même que dans le domaine de l'occupation territoriale, est susceptible de deux interprétations.

Tout d'abord on peut considérer qu'il y a eu reconnaissance progressive de l'effectivité du blocus et que la fictivité a été non pas une fiction proprement dite, mais seulement leur réduction à leur minimum des conditions d'existence du blocus.

Le blocus fictif a, en effet, comme compléments nécessaires, le droit de prévention et le droit de suite. Le premier consiste dans le pouvoir que s'attribuent les belligérants de saisir, comme coupable de violation de blocus,

tout navire qui a mis à la voile pour un lieu déclaré bloqué, ou qui a continué à se diriger vers ce lieu, quand il a eu connaissance du blocus. Le droit de suite consiste à poursuivre un navire sorti d'un port déclaré bloqué et à le capturer jusqu'au port de sa destination. L'exercice de ces droits ne constitue-t-il pas une effectivité réduite ?

Le blocus par déclaration a été aussi souvent suivi de croisière, c'est-à-dire de la surveillance d'une certaine étendue de côtes par des croiseurs allant et venant, parcourant et visitant une certaine aire. N'y a-t-il pas là également une effectivité plus ou moins restreinte ou réelle ?

Enfin les Déclarations de 1856 et 1909 établissent les conditions nécessaires et suffisantes d'effectivité en décidant que le blocus doit être maintenu par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral ennemi.

Ne faut-il pas conclure de là que l'effectivité, réduite d'abord à des éléments très peu nombreux, s'est réalisée ensuite d'une manière plus sérieuse et plus conforme à l'idée même du blocus, et que, par suite, la différence entre le blocus effectif et le blocus fictif réside uniquement dans l'ampleur de l'effectivité et ne constitue pas vraiment la différence entre la fiction et la réalité ?

Mais une autre interprétation est possible. Elle est du même ordre que celle que nous avons exposée en étudiant le rôle de la fiction en matière d'occupation terri-

toriale. En raison et en droit, un blocus sans force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral ennemi, est, nous l'avons montré, un non-sens, une apparence de blocus, une simple fiction. Aussi longtemps que la règle de l'effectivité ainsi entendue n'a pas été proclamée et appliquée, c'est-à-dire aussi longtemps que « la force suffisante » dont il s'agit n'a pas été mise en jeu, il n'y a donc pas eu de blocus effectif et véritable. En d'autres termes, la déclaration de blocus, même accompagnée de prévention, de suite ou de croisière, n'a constitué à aucun degré un blocus. Et celui-ci n'est devenu une réalité que lorsqu'il s'est traduit par le maintien d'une force suffisante. Jusque-là la pratique internationale n'a fait jouer qu'une fiction.

CHAPITRE IV

L'exterritorialité

Les biens immobiliers dont l'ensemble compose le territoire, les choses mobilières qui s'y trouvent situées, sont soumis au droit de juridiction absolu de l'Etat. Formuler ce principe, c'est constater une réalité évidente. Un bien meuble ou immeuble qui constitue l'un des éléments essentiels à l'existence même de l'Etat ne peut être subordonné à la volonté et soumis à l'action d'une souveraineté étrangère.

Pourtant les juristes ont prétendu apporter des dérogations à ce principe et ils ont enseigné que, dans certaines hypothèses particulières, des portions du territoire ou des choses réellement situées sur ce territoire doivent être considérées comme se trouvant hors de ce dernier, par la vertu de la fiction d'exterritorialité (1).

Cette fiction a été appliquée aux hôtels des agents diplomatiques, et, d'une manière générale, aux privilèges et immunités dont jouissent ces agents ainsi que les sou-

1. De Heyking, *l'Exterritorialité*, 1889 ; Pietri, *Etude sur la fiction d'exterritorialité*, 1895.

verains voyageant à l'étranger ; aux navires de guerre, et même aux navires de commerce, pénétrant dans les eaux territoriales ou littorales d'un Etat étranger ; au territoire occupé par une armée étrangère.

Nous souscrivons entièrement à ce jugement d'internationalistes contemporains :

« Le mot exterritorialité est en principe amphibologique (1). On l'applique en bloc à des situations diverses, et comme le remarque avec beaucoup de justesse M. Geffcken, les immunités visées par un seul et même mot ne sont pas identiques : celles d'un agent diplomatique ne sont pas les mêmes que celles dont jouit un souverain étranger, et les privilèges d'un vaisseau public sont également *sui generis*. » Nous ajouterons que la situation d'une armée d'occupation est aussi *sui generis*.

Mais il ne suffit pas de noter l'erreur qui résulte de l'application d'une notion unique à des situations diverses : la critique doit être plus profonde et il convient de mettre en lumière le vice essentiel de la fiction à propos de chacune des situations dont il s'agit.

1. Bonfils et Fauchille, *Manuel de droit international public*, 7^e édition, n° 617.

SECTION I

Privilèges et immunités des agents diplomatiques

Les privilèges et immunités de l'agent diplomatique ont généralement été rattachés, depuis Grotius, à la fonction d'exterritorialité, en vertu de laquelle l'agent diplomatique est considéré comme se trouvant hors du pays où il remplit ses fonctions et n'ayant pas quitté sa propre nation, et sa demeure est réputée une portion de la terre étrangère, une partie du sol de sa patrie. Cette fiction a longtemps été admise, avec plus ou moins d'étendue, par les internationalistes et les publicistes (1). Mais elle est aujourd'hui combattue par la majorité des auteurs (2).

Il n'est aucunement besoin de recourir à la fiction pour

1. Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, t. II, p. 336 ; de Martens, *Traité de droit international*, t. II, p. 61 et suiv. ; Calvo, *Droit international théorique et pratique*, t. III, § 1451 et suiv. ; W. Leaton, *Elements of international law*, t. I, § 14 ; Holtzendorf, *Éléments de droit international public*, § 50 ; Félix, *Droit international privé*, t. I, § 209 et suiv. ; Leroy, *Des consulats, des légations, des ambassades*, p. 65 ; Lehr, *Manuel des agents diplomatiques et consulaires*, n° 1032 et suiv. ; Rivier, *Principes du droit des gens*, t. I, p. 330.

2. Weiss, *Droit international privé*, t. V, p. 120 ; Despagnet, n° 252 ; Bonfils et Fauchille, n° 693 ; Mérignhac, *Traité de droit public international*, t. II, p. 249 et suiv. ; Esperson, *Diritto diplomatico*, t. I, n° 150 ; Barthélemy, *Chronique des faits internationaux* (*Revue générale de droit intern. public*, 1906, p. 125 et suiv.).

expliquer les privilèges et immunités diplomatiques ; ceux-ci se justifient par les exigences de la vie internationale et par la nécessité d'assurer aux agents diplomatiques une complète indépendance.

Les privilèges et immunités dont il s'agit consistent principalement dans l'inviolabilité de l'agent, l'immunité de juridiction et l'immunité fiscale.

L'inviolabilité de la personne de l'agent diplomatique consiste en ce que le gouvernement auprès duquel il est accrédité doit prendre des mesures pour qu'aucune attaque ne puisse l'atteindre et qu'aucune injure n'entache son honneur ; et si, malgré les mesures prises, un délit a été commis contre la personne ou contre la dignité de l'agent diplomatique, le gouvernement doit ordonner des poursuites et le coupable doit être sévèrement puni. L'inviolabilité s'étend à la demeure de l'agent en ce sens que nul ne peut y pénétrer sans son autorisation. Elle s'étend aussi aux meubles, aux papiers, à la correspondance de l'agent.

L'immunité de juridiction consiste en ce que les agents diplomatiques sont, en principe, soustraits à la juridiction de l'Etat dans lequel ils exercent leurs fonctions. L'immunité de juridiction en matière pénale est consacrée par la coutume universelle ; l'agent diplomatique n'est pas soumis aux lois pénales ni à la juridiction criminelle de l'Etat auprès duquel il est accrédité. L'agent

échappe aussi à la juridiction civile. Suivant une opinion assez répandue parmi les auteurs, le ministre étranger ne serait fondé à invoquer l'immunité de juridiction qu'autant qu'il aurait traité en sa qualité d'agent diplomatique, mais il serait au contraire justiciable des tribunaux de sa résidence pour les actes qu'il aurait passés comme personne privée (1).

Mais comment distinguer les actes officiels des actes privés ? En admettant même que cette distinction fût possible, les poursuites exercées contre un agent diplomatique, même pour les actes de sa vie privée, risqueraient de compromettre son indépendance. Comment, enfin, faire exécuter contre lui une sentence judiciaire ? C'est pourquoi la jurisprudence, approuvée par une partie de la doctrine (2), décide que les agents diplomatiques ne peuvent dans aucun cas, être appelés devant les tribunaux civils du pays où ils sont accrédités.

Indiquons enfin que les agents diplomatiques sont

1. Voir notamment : de Pæpe, *De la compétence civile à l'égard des Etats étrangers et de leurs agents politiques, diplomatiques ou consulaires*, p. 10 et suiv. ; Slatin, *Journal de droit intern. privé*, 1884, p. 467 et suiv. ; Politis, note au Dalloz, 1907.2.281.

2. Paris, 30 juin 1876. Sirey, 77.2.17 ; Cass. civ., 19 janvier 1891. Dalloz, 1891.9 ; Cass. Belg., 24 mai 1897. Dalloz, 1898.2.446 ; Paris, 8 août 1900. Dalloz, 1909.2.393 note Dupuis. En ce sens notamment : Weiss, t. V, p. 128 et suiv. ; Mérignhac, t. II, p. 279 et suiv. ; Bluntschli, art. 139 ; Rivier, t. I, n° 107.

exempts dans les pays où ils exercent leurs fonctions des impôts personnels directs (1).

Or la situation des agents diplomatiques à ces divers égards se justifie sans qu'il y ait lieu de s'embarrasser d'une image qui rend la notion du privilège plus sensible, mais en même temps la déforme. C'est ce qu'il est aisé de montrer.

Et d'abord, fonder le privilège d'inviolabilité de l'agent diplomatique sur l'exterritorialité, c'est recourir à une fiction inutile, vague, fausse et, par conséquent, dangereuse.

« Inutile pour faire considérer le ministre public comme toujours domicilié en son propre pays, disent MM. Bonfils et Fauchille (2). D'après presque toutes les

1. Voir communication du ministre des Finances au ministre des Affaires étrangères en date du 5 juin 1907, *Journal de droit intern. privé*, 1908, p. 1291. L'ambassadeur étranger est exempt de la contribution personnelle et mobilière (Conseil d'Etat, 17 avril 1843, *Rec. Cons. d'Etat*, p. 545. Lettre min. Aff. étr., 21 juin 1843, *le Droit*, 21 nov. 1843. Cons. préface. Seine, 19 juin 1907, *Journ. de droit intern. privé*, 1908, p. 777, de la contribution des portes et fenêtres (Conseil préfecture Seine, 13 août 1877. D. 78 5.156). Mais les biens que les agents diplomatiques possèdent dans les pays où ils sont accrédités sont soumis à l'impôt foncier ; en fait, cependant, l'hôtel d'Ambassade n'y est pas assujéti. Les agents diplomatiques supportent nécessairement les impôts indirects sur les objets de consommation et ils sont soumis en principe, aux droits de timbre et d'enregistrement (Garnier, Répertoire n° 2128).

2. *Manuel de droit international public*, 7^e édit., n° 693.

législations, l'acceptation des fonctions temporaires et révocables n'entraîne pas changement de domicile. Vague, car elle n'a pas chez tous les publicistes ou juristes la même signification et la même portée. Pour les uns, elle désigne l'indépendance absolue du ministre étranger par rapport aux pouvoirs constitués de l'Etat ; pour d'autres, elle implique l'exemption de la juridiction, tant civile que criminelle de l'Etat ; pour d'autres, sa portée se restreint à l'exemption de la seule juridiction criminelle. Fausse, car elle engendrerait logiquement, si elle était adoptée, des conséquences inacceptables et inacceptées par ses propres partisans. »

L'exterritorialité de l'hôtel d'une ambassade ou d'une légation étrangère, c'est-à-dire l'assimilation de ses locaux à un territoire étranger, est une conception absolument abandonnée à l'heure actuelle et qui ne compte plus aucun partisan parmi les auteurs de droit international.

L'inviolabilité de l'hôtel n'empêche nullement qu'il ne fasse partie du territoire de l'Etat où il est situé et que les faits qui y sont accomplis soient perpétrés sur ce territoire.

Si l'hôtel d'un ministre étranger devait être considéré comme juridiquement hors du territoire de l'Etat, et qu'un crime fût commis à l'intérieur de cet hôtel entre personnes étrangères à la mission diplomatique, les coupables seraient justiciables des lois et juridictions du

pays du ministre. Or ce résultat absurde est repoussé par tout le monde et les tribunaux se sont toujours déclarés compétents pour connaître des crimes et des délits commis dans l'enceinte d'une ambassade ou d'une légation par des individus n'ayant pas droit personnellement au bénéfice des immunités diplomatiques (1).

La fiction d'exterritorialité de l'hôtel conduirait aussi à cette conséquence que si un criminel s'y réfugiait, le gouvernement local devrait recourir à une procédure régulière d'extradition. Or le droit d'asile, qui a engendré autrefois des abus, est universellement repoussé par la pratique moderne. L'hôtel de l'ambassadeur ne peut donc plus servir de refuge à des individus prévenus de crimes pour les soustraire à la juridiction compétente. Les réfugiés de cette sorte pourraient être recherchés par la police locale et appréhendés, sans qu'il fût nécessaire d'en demander l'extradition (2).

1. Jurisprudence constante : Cass. crim., 11 juin 1852. Sirey, 52.1.467 ; Cass. crim., 13 oct. 1865. Sirey, 1866.1.33. Trib. correct. Seine, 8 février 1909, *Journal de droit intern. privé*, 1910, p. 551. Dans le même sens : Trib. de l'Empire allemand, 26 nov. 1880, *Journ. de droit intern. privé*, 1882, p. 326. Cour d'appel de Rome, 30 août 1899. Sirey, 1903, n° 25 et la note de M. Wahl.

2. Merlin, Répertoire. Voir Ministère public sect., p. 55 ; Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, § 20 ; Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, § 207 ; Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens*, ch. XIII, p. 13 ; Calvo, *Droit intern. théor. et prat.*, t. I, § 585 ; Lehr, *Manuel des agents diplomatiques et consulaires*, n° 1062 et suiv.

La fiction d'exterritorialité donnerait au ministre étranger autorisé par son propre souverain, le droit de célébrer très régulièrement dans l'hôtel de la légation des mariages, non seulement entre ses compatriotes, mais entre toutes les personnes. Or cette solution a été, en général, repoussée par la jurisprudence aux termes de laquelle l'agent diplomatique ne peut procéder dans son hôtel à la célébration du mariage de personnes qui ne seraient pas ses nationaux et l'officier public local est seul compétent. Les mariages célébrés dans les locaux d'une ambassade ou d'une légation peuvent donc être déclarés nuls par les tribunaux locaux s'ils ont été célébrés par des personnes incompétentes *ratione personæ* au regard de la législation territoriale (1).

Ce principe constant a été méconnu par un jugement récent du tribunal civil de la Seine en date du 20 novembre 1920.

Les époux Basiliadis s'étaient mariés le 18 mars 1918 l'église orthodoxe grecque de Paris devant l'archimandrite Vasiliakis, chef de l'église orthodoxe grecque de

1. Paris, 6 avril 1869, *Gaz. Trib.*, 7 avril 1869; Trib. Seine, 16 avril 1869, *Gaz. Trib.*, 5 juin 1869; Trib. Seine, 2 juillet 1872 et 21 juin 1873, *Journal de droit intern. privé*, 1874, pages 71 à 75; Trib. civil Seine, 6 juin 1893, *Journal de droit intern. privé*, 1893, p. 880. Dans le même sens il a été jugé que l'acte passé dans l'hôtel de leur ambassade entre étrangers résidant en France ne peut être considéré comme ayant été consenti à l'étranger (Trib. Boulogne-sur-Mer, 8 avril 1886, *la Loi*, 2 mai 1886).

Saint-Etienne; ils n'avaient fait précéder leur union religieuse d'aucun mariage civil, ni à la mairie, ni au Consulat. Puis la dame Basiliadis avait formé une demande en divorce. Le tribunal avait d'abord à résoudre la question préjudiciable de la validité du mariage.

M. le substitut Lyon-Caen se prononça dans ses conclusions en faveur de l'affirmative (1). « Qu'ont fait, dit-il, les époux Basiliadis ? Ils se sont mariés, non pas à proprement parler devant leur consul, mais avec le concours de leur consul, qui leur a délivré un certificat de non-empêchement au mariage ; puis devant le ministre du culte de la légation grecque, accrédité en France par le gouvernement grec. Ils se sont mariés dans l'église même de la légation, qui est une annexe de la légation, dans une certaine mesure *extra-territoriale*, comme cette dernière, s'il est permis de prendre ce mot en dehors de son sens strictement juridique, de telle sorte qu'ils sont presque *censés avoir célébré leur union en territoire grec*. Et de même que tout le monde admet la validité du mariage devant l'agent diplomatique ou consulaire, quand la loi nationale des étrangers admet ou exige le mariage civil, de même il y a lieu de déclarer valable l'union contractée devant le ministre du culte de la légation.

1. Ces conclusions sont reproduites par le *Journal de droit intern. privé*, 1921, n° 2, pages 227 et suiv.

tion, quand le statut civil des époux reconnaît comme seul possible le mariage religieux. »

Le Tribunal accepta cette manière de voir et fit jouer la fiction d'extraterritorialité en faveur de la thèse de la validité du mariage contracté en la forme religieuse, qui est la forme légale de l'union conjugale en Grèce.

« Attendu que Basiliadis Jacques, domicilié à Paris, fait défaut, faute d'avoir constitué avoué; — Attendu qu'il échet d'examiner: 1^o si le mariage dont la dissolution est demandée par la dame Basiliadis est valable; 2^o si, en cas de validité de ce mariage, le Tribunal de la Seine est compétent pour statuer sur la demande: a) *ratione materiæ*; b) *ratione loci*; c) *ratione personæ*; 3^o si, au cas où le tribunal serait compétent, la demande est recevable; 4^o si, au cas où toutes ces conditions seraient remplies, la demande est fondée; — Sur la validité du mariage, attendu que les époux Basiliadis sont tous deux de nationalité grecque; — Attendu qu'ils ont contracté mariage le 18 mars 1918, à Paris, *mais dans une chapelle de l'église grecque, annexe de la légation de Grèce à Paris, par conséquent ex-territoriale, qu'ils sont donc censés mariés en territoire grec*; — Attendu que leur union religieuse qui n'a été précédée d'aucun mariage civil, a été célébrée suivant la loi grecque qui n'admet que le mariage religieux, devant l'archimandrite, chef de l'église orthodoxe grecque à Paris; — Attendu que le dit mariage a été

contracté avec le concours du consul de Grèce, qui a délivré aux époux le certificat de non-empêchement exigé par leur loi nationale; — Attendu que l'union des époux Basiliadis n'a eu aucun caractère de clandestinité, qu'il n'était pas nécessaire qu'elle fût précédée du mariage civil exigé par la loi française, *puisqu'elle est réputée avoir été prononcée en territoire grec*, suivant toutes les formalités exigées par la loi de leur pays d'origine; qu'elle doit donc être déclarée valable. » (1)

Il convient de souligner ici l'erreur contenue dans cette décision. La chapelle annexe de la légation de Grèce n'était pas territoire grec, mais territoire français. En décidant le contraire, le Tribunal a faussement interprété et violé l'article 5 § 1^{er} du Code civil aux termes duquel les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

La fiction est donc condamnée par ses conséquences logiques. En réalité, la franchise de l'hôtel est le complément nécessaire de l'inviolabilité du ministre public; de même que, l'inviolabilité du domicile est le complément de l'inviolabilité du simple particulier. Or, s'il ne faut pas la moindre fiction pour expliquer l'inviolabilité du domicile privé, on n'aperçoit pas pourquoi il en faudrait une pour expliquer l'inviolabilité d'un hôtel d'ambassade.

1. *Journal de droit intern. privé*, 1921, n° 2, p. 237 et suiv.

Si l'agent diplomatique est inviolable, dans sa personne et dans ses biens, c'est-à-dire exempt de toute atteinte et affranchi de toute poursuite, c'est parce qu'il représente l'Etat souverain et indépendant. A quoi bon dès lors inventer une fiction pour justifier l'inviolabilité de l'agent diplomatique et de son hôtel?

La fiction est également inutile et fausse pour l'explication de l'immunité de juridiction. Cette immunité est une conséquence de l'inviolabilité des agents diplomatiques. Car il est nécessaire pour assurer leur pleine indépendance, qu'ils soient à l'abri des mesures légales dont la loi autorise l'emploi contre un simple particulier (1).

« Le droit de juridiction, dit M. Bonfils (2), conséquence et attribut du droit de souveraineté intérieure, est restreint par *l'exterritorialité*. On désigne par ce mot certaine immunité de droit public qui exempte certaines personnes du pouvoir de juridiction de l'Etat sur le territoire duquel elles se trouvent. L'expression *territorialité* est consacrée, mais elle est mauvaise. Elle paraît im-

1. On pourrait, observait Montesquieu, pour justifier cette immunité, leur imputer des crimes, s'ils pouvaient être punis pour des crimes ; on pourrait leur supposer des dettes, s'ils pouvaient être arrêtés pour dettes. Un prince qui a une fierté naturelle parlerait par la bouche d'un homme qui a tout à craindre (*Esprits des lois*, livre XXVI, chap. XXI).

2. Henry Bonfils, *Manuel de droit international public*, 7^e édition, revue et mise au courant par Paul Fauchille, n^o 337.

pliquer une fiction, d'après laquelle ces personnes sont réputées, censées n'avoir pas quitté le territoire dont elles sont sujettes. Or cette fiction, commodité dangereuse, doit être rejetée ; elle aurait un caractère trop absolu et engendrerait des conséquences inadmissibles. Par exemple, les actes passés par une personne exemptée seraient régis quant à la forme par la loi de son domicile ; on ne pourrait leur appliquer la règle de droit international privé ; *locus regit actum* : conséquence repoussée par tout le monde. L'expression *immunité de juridiction* est donc plus correcte et plus exacte. Elle indique un privilège basé sur la nécessité de sauvegarder la liberté de parole et d'acte de certaines personnes, sur le respect de l'indépendance de l'Etat auquel se rattachent ou duquel dépendent ces personnes. »

D'autre part on peut remarquer que la fiction d'exterritorialité ne suffirait pas à expliquer l'immunité dans les pays où comme en France (art. 145 Code civil), l'étranger, même non résidant, peut être cité devant les tribunaux locaux.

Enfin, la fiction conduirait à reconnaître à l'ambassadeur un droit de juridiction criminelle sur le personnel de l'ambassade, du moins si ce droit lui avait été délégué par son souverain. Or, ce droit de juridiction, accepté par des publicistes anciens (1), est aujourd'hui définitif.

1. Vattel, *Traité du droit des gens*. § 124 ; Merlin, Répertoire. V^o Ministère public, section 6, n^o 5.

vement condamné (1). Lorsqu'une infraction est commise dans un hôtel d'ambassade ou par une personne attachée au service de l'ambassadeur, l'agent diplomatique peut bien procéder aux actes préparatoires d'instruction, faire arrêter le coupable ; mais sa mission s'arrête là et l'infraction doit être déférée à la juridiction locale. La juridiction des agents diplomatiques se borne à des actes de juridiction gracieuse.

Les privilèges des chefs d'Etat étrangers se justifient aussi en dehors de toute idée de fiction.

Le chef d'un Etat souverain représente cet Etat, non pas pour un gouvernement seulement mais pour tous les gouvernements. Tant qu'il conserve sa qualité, il n'a pas besoin, comme l'ambassadeur, d'une mission spéciale. Le caractère pleinement représentatif du chef d'un Etat souverain explique qu'on lui reconnaisse quand il voyage hors de son pays, les mêmes immunités qu'aux agents diplomatiques, et pour les mêmes raisons, par rapport aux pouvoirs publics du pays où il se trouve.

D'une façon générale, les privilèges et immunités reposent sur un double fondement. En premier lieu, les agents diplomatiques ou les chefs d'Etat sont les représentants d'Etats indépendants et souverains ; comme les Etats qu'ils représentent, ils ne doivent dépendre ni

1. Calvo, t. I, § 536 ; Mérygnac, t. II, p. 232 ; Pradier-Podéré, t. I, p. 221, note 1 ; Ch. de Martens, § 33.

du souverain chez qui ils se trouvent, ni de ses tribunaux. En outre les privilèges et immunités sont une condition *sine qua non* de l'exercice de la fonction. Ambassadeurs et chefs d'Etat ne pourraient s'acquitter de leur mission avec la liberté, la sûreté et la dignité qu'elle exige, s'ils se trouvaient dans une dépendance quelconque à l'égard du souverain territorial.

Cette explication se suffit elle-même ; elle donne le fondement juridique des coutumes et institutions envisagées.

SECTION II

Condition des navires et aéronefs

Lorsqu'un navire pénètre dans les eaux territoriales d'un Etat étranger, deux souverainetés sont en présence : celle de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le navire, celle de l'Etat dont le navire porte le pavillon.

La conciliation des deux souverainetés en présence appelle une distinction entre les règles relatives à la police de la navigation et les règles de juridiction civile ou criminelle.

Les premières s'appliquent à tous les navires sur la mer territoriale d'un Etat étranger, aux navires de

guerre comme aux navires de commerce. Ainsi ils sont **tenus** de se conformer aux prescriptions établies par l'Etat en ce qui concerne le pilotage, les quarantaines, les signaux, le feu à bord, l'abordage au quai, etc.

Mais, en ce qui touche la juridiction, il faut distinguer entre les navires de guerre et les navires de commerce.

Suivant la pratique internationale adoptée en France et par tous les Etats civilisés, les navires de guerre et ses embarcations ou canots restent, dans les eaux littorales ainsi que dans les ports et les rades d'un Etat étranger sous la souveraineté exclusive de l'Etat auquel ils appartiennent. Les navires de guerre étrangers sont inviolables et les personnes qui les montent exemptes de juridiction, soit civile, soit criminelle de l'Etat.

On a cherché l'explication de cette règle dans la fiction d'exterritorialité en vertu de laquelle les navires de guerre seraient considérés partout comme une continuation et une indépendance matérielles du territoire de la nation à laquelle ils appartiennent. Mais cette fiction est, en réalité, inutile. Les navires de guerre hommes et choses, sont des organismes affectés, dans leur ensemble en dehors de tout intérêt privé, au service public d'un Etat et constituent, comme tels, une fraction de la force publique de cet Etat. Ils ne peuvent être soumis à une souveraineté étrangère que s'ils font acte d'hostilité; car une semblable subordination porterait atteinte à l'auto-

rité et à la dignité de leur souverain. Il est d'ailleurs nécessaire de maintenir sous une même loi une assemblée de personnes de nationalités différentes, qui seraient soumises à un régime juridique trop compliqué, si la personnalité des lois devait continuer à les régir, et qui seraient peut-être insuffisamment protégées du fait que certaines législations, telle que celle de la Grande-Bretagne, ne sortent pas du principe de la territorialité des lois. Telle est, abstraction faite de toute fiction, la justification de la condition du navire de guerre dans les eaux littorales des Etats étrangers.

Quant aux navires de commerce, la jurisprudence française généralement suivie par la pratique internationale (à l'exception de l'Angleterre) et par la doctrine, consacre une distinction des faits délictueux en deux catégories (1). S'agit-il de crimes ou délits commis, même à bord, contre ou par des personnes étrangères à l'équipage, ou de crimes et délits accomplis par des gens de l'équipage entre eux, lorsque la tranquillité du port est compromise ou lorsque le secours de l'autorité locale est réclamé ? La connaissance de ces faits appartient aux tribunaux locaux. S'agit-il, au contraire,

1. Bonfils, De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, n° 326 ; Jordan, De la compétence en matière de crimes et délits commis sur les navires de commerce dans un port étranger (*Revue internationale de droit maritime*, t. XXIV, pp. 115 et suiv.). Avis du Conseil d'Etat du 28 octobre 1806.

d'actes de pure discipline intérieure et de délits de fonctions, ou encore de crimes et délits communs accomplis par un homme de l'équipage, quand la tranquillité du port n'en est pas troublée ? L'autorité locale ne doit pas s'occuper de ces actes, à moins que son secours ne soit réclamé ! Or le recours à la fiction n'est aucunement nécessaire pour expliquer que le navire de commerce échappe, dans la mesure indiquée, à la souveraineté de l'Etat dans le port duquel il est arrivé ou dans les eaux duquel il se trouve. Il convient, en effet, de remarquer que, si les navires de commerce ne font pas partie de la puissance publique de l'Etat, ils lui appartiennent néanmoins dans une certaine limite. « Equipés par des particuliers dans un but de spéculation privée, ces navires forment cependant, dit M. Bonfils (1), une association organisée d'après les lois de l'Etat. Leurs équipages sont formés sous son contrôle, leurs capitaines publiquement commissionnés et investis de certains pouvoirs. Ces navires sont donc dans une situation intermédiaire entre celle des vaisseaux de guerre et celle des simples particuliers. « Cette considération explique que les vaisseaux de commerce restent, dans les eaux juridictionnelles ou territoriales d'un Etat étranger, partiellement soumis aux lois et autorités de leur pays. La fiction est encore

1. *Loc. cit.*, n° 325.

moins acceptable ici que dans la matière des navires de la marine militaire.

La théorie de l'exterritorialité est susceptible d'une application nouvelle, et par suite, se trouve mise à une nouvelle épreuve, en raison du développement de la navigation aérienne. La Convention du 13 octobre 1919, conclue entre puissances alliées et associées, mais ouverte aux tiers à la condition qu'ils aient été des nôtres pendant la guerre, a posé le principe de la souveraineté de l'air. Son article 1^{er} dispose : « Les Etats contractants reconnaissent que chaque Etat a la souveraineté complète et exclusive de l'espace atmosphérique qui se trouve au-dessus de son territoire et de ses eaux territoriales. » Ce principe semble bien échapper à la critique, puisque, d'une part, l'air est un accessoire de la terre, et que, d'autre part, la souveraineté assure seule la protection de l'Etat sous-jacent. L'article 2 apporte à la rigueur du principe ainsi posé l'exception de la liberté du passage inoffensif ; mais cette liberté, loin d'être un droit pour tous les Etats, est seulement un droit pour les contractants. « Aucun Etat contractant, dit l'article 5, n'admettra, sauf par voie d'autorisation spéciale et temporaire, la circulation au-dessus de son territoire d'un aéronef qui n'a pas la nationalité d'un Etat contractant. » L'article 44 ajoute que « tout Etat qui a pris part à la guerre, mais qui n'a pas participé à l'élaboration de cette

convention, peut manifester son désir d'adhérer à cette Convention et pourra être admis à y adhérer. » En dehors des neutres, admis à adhérer à la dite Convention sur simple déclaration, notifiée au ministère des Affaires étrangères (art. 43), les Etats doivent exprimer leur désir d'adhésion, et ils sont admis à deux conditions qui forment une alternative : ou bien si l'Etat est membre de la Société des Nations, ou jusqu'au 1^{er} janvier 1923, par un vote unanime des Etats signataires et adhérents, ou après le 1^{er} janvier 1923, par un vote affirmatif réunissant au moins les trois quarts du nombre total possible des voix des Etats signataires ou adhérents.

Du principe de la souveraineté de l'air reconnue à chaque Etat contractant il ne résulte pas que tout acte accompli et tout rapport de droit formé à bord d'un aéronef en vol au-dessus d'un Etat étranger soient soumis à la loi de ce dernier Etat. La notion d'extraterritorialité est applicable aussi aux aéronefs. Mais il importe de montrer que les solutions relatives à la navigation aérienne s'expliquent, comme celles qui concernent la navigation maritime en dehors de toute fiction.

L'aéronef militaire correspond au navire de guerre. Si l'on suivait l'analogie maritime, le navire de guerre aérien bénéficierait de ce qu'on nomme l'extraterritorialité, dans des conditions telles que celle-ci ne pourrait être

en rien gênée par l'octroi complet de la souveraineté reconnue à l'Etat sous-jacent sur l'espace aérien. Le navire de guerre garde jusque dans la mer territoriale d'un Etat étranger le même statut juridique qu'en pleine mer. Organe de la puissance publique de l'Etat dont il porte le pavillon, il peut pénétrer sur le territoire soumis à la souveraineté d'un autre Etat, sans que celui-ci puisse exercer sur lui le moindre pouvoir juridictionnel. L'aéronef militaire, organe de la puissance publique étrangère, lui aussi, se distingue du navire de guerre en ce qu'il n'a pas en principe le droit de s'engager dans l'espace aérien dépendant du territoire de l'Etat étranger. L'article 33 de la Convention dit, en effet : « Le survol dans un Etat contractant par un aéronef militaire d'un autre Etat contractant et l'atterrissage d'un tel aéronef dans cet Etat ne seront permis qu'avec une autorisation spéciale. » Si cette autorisation spéciale est donnée, l'aéronef de guerre bénéficie des mêmes privilèges que le navire de guerre étranger ; si l'autorisation est refusée, l'aéronef en question, n'ayant pas l'accès de l'espace aérien, ne saurait prétendre aux privilèges dont il s'agit. La force majeure n'ayant d'ailleurs pas été admise en matière de navigation aérienne, l'aéronef de guerre pénétrant à la suite d'une tempête sur le territoire étranger, n'y jouit pas des privilèges considérés ; il y sera traité comme aéronef privé. Quant aux immu-

nités accordées aux aéronefs militaires survolant un territoire étranger, sur autorisation, elles sont les mêmes que celles qui appartiennent aux navires de guerre dans la mer territoriale. L'aéronef, de même que le navire, demeure soumis au statut juridique de l'Etat dont il est un organe.

Or, l'explication des deux situations est identique. Aéronefs et navires militaires sont des portions de la puissance publique de l'Etat du pavillon, ils conservent ce caractère, soit dans « la mer territoriale, soit dans l'espace aérien où ils pénètrent avec autorisation, ils ne sauraient par suite être soumis au pouvoir juridictionnel d'une autre puissance.

Mais la fiction d'exterritorialité doit être rejetée dans les deux hypothèses. Les solutions se justifient d'une manière claire et suffisante par la raison que nous venons d'indiquer. Il est inutile, par conséquent, de supposer que le navire et l'aéronef sont des portions détachées du territoire national. Une telle conception entraînerait des conséquences manifestement absurdes. Si le navire de guerre ou l'aéronef militaire était une parcelle matérielle du territoire du pays auquel il appartient, il serait possible que l'un et l'autre créassent, le premier dans le rayon de ses canons, le second dans celui de ses projectiles, de bombardement, des zones de souveraineté chez les Etats étrangers. Aussi bien devrait-on considérer,

en cas de refuge à bord d'individus poursuivis par une justice étrangère, qu'il y a lieu de recourir à une véritable formalité d'extradition ; or, une telle solution, repoussée en ce qui concerne les navires de guerre à propos desquels on admet qu'il appartient au capitaine de livrer les réfugiés sous sa responsabilité, doit être par identité de motifs rejetée en ce qui concerne les aéronefs militaires.

Si l'on s'occupe des aéronefs privés, on voit que la question se pose dans des termes différents. Le pouvoir juridictionnel de l'Etat territorial s'exercera sur eux dans les mêmes conditions que sur les navires de commerce. Cet Etat pourra faire à bord toutes sortes d'opérations, visites, perquisitions, etc., et, s'il n'use pas de son droit, ce sera sous l'empire d'un sentiment de courtoisie internationale. De plus, l'article 23 § 3 de la Convention du 1^{er} octobre 1919 dispose que les rapports de droit qui se forment à bord d'un aéronef sont régies par la loi de la nationalité de cet aéronef. Ainsi une partie de ce qu'on nomme l'exterritorialité du navire de commerce en haute mer est transportée à la condition juridique de l'aéronef au-dessus du territoire ferme ; il importe de remarquer que, tandis que cette prétendue exterritorialité du navire de commerce s'atténue et cesse lorsqu'il pénètre dans la mer territoriale, elle se trouve, pour l'aéronef, maintenue au-dessus de l'Etat sous-jacent.

Nous n'avons pas ici à insister sur ces solutions ni à en tirer les conséquences qu'elles comportent. Nous ne les retenons qu'en elles-mêmes et dans la mesure où elles se rattachent à notre sujet. Or il n'est pas douteux qu'elles s'expliquent abstraction faite de la fiction.

Si, en effet, on poussait l'idée abstraite de souveraineté jusqu'à décider que les rapports de droit formés à bord sont régis par la loi de l'Etat territorial, la vitesse sans cesse accrue des avions et l'exiguïté des territoires traversés ne permettraient plus de savoir où est né le rapport de droit. En outre il n'y a pas de droit sans intérêt, puisque le droit peut être défini un intérêt juridiquement protégé ; or l'Etat sous-jacent n'est aucunement intéressé par les rapports de droit qui se nouent sur un aéronef en survol ; pourquoi, dès lors, manifesterait-il en cette hypothèse sa souveraineté ? Cette considération est si vraie que lorsque l'Etat survolé a exceptionnellement un intérêt à ce qui se passe sur l'aéronef, lorsqu'il s'agit d'infractions à ses lois de sûreté générale, à ses lois militaires ou fiscales, ou lorsque le délit, sortant des limites de l'avion, vient à se produire sur son territoire, cet Etat reprend sa compétence normale (art. 23, Convention de 1919).

Ces considérations suffisent à fonder le principe suivant lequel la loi nationale de l'aéronef gouverne les rapports de droit qui y sont formés, alors même que

cet aéronef survole des territoires étrangers. Il est aussi inutile qu'absurde d'admettre fictivement que l'avion constitue une portion matérielle détachée du territoire de l'Etat auquel il ressortit. La fiction doit donc disparaître dans le domaine de la navigation aérienne ainsi que dans celui de la navigation maritime.

SECTION III

Occupation du territoire par une armée étrangère

Est-il possible d'appliquer la fiction au territoire occupé par une armée étrangère ?

L'occupation d'une portion du territoire d'un Etat par une armée étrangère peut s'effectuer en temps de guerre ou en temps de paix.

En guerre, la question de la fiction ne se pose même pas. L'occupation subie par le belligérant que la fortune des armes n'a pas favorisé est une simple perte de possession qui, de temporaire peut devenir définitive. Pendant tout le temps que ses conquêtes lui en assurent le maintien, l'occupation du territoire ennemi donne au vainqueur, aussi loin que s'étend la puissance, effective de ses armes, le pouvoir de substituer son autorité à l'autorité régulière. « L'occupation crée aussi un lien

juridique spécial, dit Liszt (1), entre l'autorité de l'Etat victorieux et les habitants des régions envahies. » Mais il faut bien observer que l'occupant ne possède qu'un simple pouvoir de fait et qu'il n'est pas juridiquement substitué au gouvernement légal du pays envahi. » Avec quelque certitude que l'ennemi puisse compter qu'il forcera son adversaire vaincu à consentir à la cession par un traité de paix, dit Loening (2), il n'a jusqu'à la conclusion de la paix ou l'anéantissement de son adversaire, d'autres droits que ceux qui découlent de sa possession. »

Si l'occupation de guerre est un pur état de fait, il en va différemment de l'occupation en temps de paix. Si l'on suppose que l'Etat a été autorisé à faire passer ses troupes sur le territoire d'un autre Etat, ou qu'il occupe, du consentement du souverain local, le territoire qui lui est soumis, on considère généralement et la coutume admet que les troupes étrangères échappent partiellement à la juridiction du souverain local. Sans doute les délits commis par des soldats étrangers contre des habitants, ou entre eux, mais ayant troublé la tranquillité publique, sont de la compétence des magistrats locaux. Mais les autres infractions — non seulement les délits militaires, mais encore les crimes et délits de droit com-

1. Liszt, § n° 6.

2. L'Administration de l'Alsace-Lorraine pendant la guerre de 1870-1871, dans *Revue de droit international*, t. IV, p. 634.

mun perpétrés au sein de l'armée ennemie — relèvent des chefs militaires. Est-ce à dire qu'il faille réfuter le territoire occupé une fraction du territoire de l'Etat occupant ? Nullement. L'abandon partiel de juridiction de la part du souverain local se justifie par les nécessités mêmes de l'occupation, et, en particulier, par la nécessité pour l'armée d'occupation d'assurer sa sécurité et l'exercice de sa mission (1). L'emploi de la fiction serait ici d'autant plus absurde qu'elle conduirait logiquement à décider que le souverain local n'a plus aucune juridiction sur le territoire occupé, réputé territoire étranger ; or il n'a jamais été contesté que le souverain local conserve son droit de juridiction sur toutes les personnes qui ne font pas partie des troupes étrangères.

1. Ruzé, la Juridiction d'occupation en ce qui concerne leur propre protection, dans *Revue de droit intern. public*, t. XVI, p. 134

CHAPITRE V

La continuité de voyage

La théorie de la continuité de voyage se rattache à l'intercourse coloniale. Avant le ^{xix}^e siècle le commerce avec les colonies d'outre-mer était exclusivement réservé à la métropole et aux navires nationaux. Lorsqu'une guerre survenait, les belligérants, ne pouvant continuer sans risque de destruction ou de confiscation leur trafic colonial, pouvaient-ils autoriser les neutres à faire une navigation et un commerce jusque-là réservés à leurs propres sujets ? La Grande-Bretagne inventa la règle fameuse de 1756 (*Rule of the War of, 1756*) suivant laquelle la guerre ne saurait rendre possible pour les neutres un commerce qui leur était fermé en temps de paix. Cette règle fut un des dogmes du droit maritime britannique au cours des guerres de la Révolution et de l'Empire. Pour la tourner, on recourut à l'expédient suivant : on importait les produits coloniaux dans un port neutre intermédiaire, et, de ce port neutre, on les importait dans la métropole, toujours par navire neutre, et on prenait même les chargements de retour, par l'interposi-

tion d'un port neutre. En vue d'atteindre cette combinaison, on imagine la théorie de la continuité de voyage (1) !

Celle-ci a été appliquée à la contrebande de guerre.

Le trafic d'objets prohibés à titre de contrebande ne constitue pas pour lui seul une infraction à la règle internationale. Il n'y a de contrebande et de confiscation possible, que si la marchandise est à destination de l'ennemi. En principe, il n'y a donc pas de contrebande entre ports neutres. Mais comme la destination réelle est aisément dissimulée sous une destination ostensiblement neutre, il a été admis qu'il y a lieu à confiscation toutes les fois qu'on a des raisons de croire que ces marchandises seraient dans un second voyage transportées à l'ennemi. Le deuxième voyage étant illicite, le premier, dont il n'est que la continuation, l'est également.

Les articles de contrebande destinés à l'usage de l'ennemi, sont de bonne prise, bien que le navire sur lequel on les trouve, ne doive les conduire que jusqu'à un port neutre, par cela seul que leur destination finale, à laquelle les fera parvenir un autre navire, est un port ennemi quelconque. Au lieu de les saisir, après le transborde-

1. Travers-Twiss, *la Théorie de la continuité de voyage appliquée à la contrebande de guerre et au blocus*, 1877, p. 12-13 ; Burocke-Elliott, *la Doctrine du voyage continu* ; Paul Fauchille, *la Théorie du voyage continu en matière de contrebande de guerre* (*Rev. droit intern. public*, t. IV, p. 297) ; Rémy, *Théorie de la cont. du Voy. en matière de bloc. et cont. de guerre*, 1902.

ment et au cours du second voyage, on les déclare saisissables avant ce transbordement et au cours du premier voyage, en alléguant que les deux traversées ne font qu'un seul et même voyage indivisible (1). Il incombera alors au capteur de fournir la preuve de la destination ennemie ; car il n'est pas possible d'admettre la violation des devoirs de neutralité à titre de présomption légale, et c'est au contraire l'intention loyale qui doit être présumée.

Il a été fait un certain nombre d'applications de la théorie de la continuité de voyage. Le 3 février 1863, au cours de la guerre de sécession américaine, le *Springlock* parti pour Londres avec de la contrebande de guerre, fut capturé en pleine mer, aux environs des îles de la Providence, par un croiseur fédéral, par ce motif qu'il y avait lieu de supposer que le bâtiment parvenu à sa destination, qui était un port neutre, sa cargaison en serait retirée pour être placée sur un autre navire qui la conduirait dans un port bloqué des Etats du Sud. La Cour suprême des Etats-Unis prononça, en 1867, la confiscation de la cargaison du *Springlock*.

Le 8 août 1896, pendant le conflit entre l'Italie et l'Abyssinie, un croiseur italien, l'*Etna*, a saisi dans la mer rouge un navire hollandais portant des armes et des

1. Bluntschli, art. 813.

munitions de guerre, et qui se dirigeait, avec sa cargaison, vers le port français de Djibouti. Le 8 décembre, suivant la Commission des prises italiennes déclara régulière la saisie du navire et du chargement sous le prétexte qu'on devait considérer que la contrebande, une fois débarquée de Djibouti serait conduite en Abyssinie à travers le territoire de la colonie française. Dans cette espèce, il y a lieu de remarquer que le port neutre auquel le bâtiment devait aborder était relié au territoire belligérant non par la mer, mais par la voie continentale. Seule une expédition terrestre pouvait conduire la contrebande à ce territoire. L'Abyssinie n'ayant pas d'issue sur la mer. On se trouvait donc en présence d'une extension de la théorie du voyage continu (1). La question se posa dans les mêmes termes, durant la guerre anglo-sud-africaine de 1899-1900, particulièrement à propos d'un navire allemand, le *Bundersrath*, saisi par un croiseur anglais alors qu'il portait des marchandises prétendues de contrebande de guerre à destination d'un port neutre de la côte du Sud de l'Afrique, reliée par la terre au territoire ennemi (2). Même aspect du problème, en 1912, lorsque le paquebot poste français, le *Carthage*, à desti-

1. Fauchille, *loc. cit.*, p. 297. V. les autres auteurs précédemment cités.

2. Arthur Desjardins, *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} mars 1900, p. 61.

nation de Tunis, fut saisi aux environs des côtes de Sardaigne, par un torpilleur italien et amené à Cagliari comme transportant un aéroplane destiné aux Turcs en Tripolitaine. L'Italie soutint que dans les conditions de fait où l'affaire se présentait, la Turquie n'avait plus d'accès maritime en Tripolitaine, puisqu'un décret italien du 5 novembre 1911 avait déclaré neutre toute cette province sous la souveraineté de l'Italie, et que, d'autre part, le blocus de toutes les côtes de cette province avait été déclaré et notifié par l'Italie en octobre 1911. Sur la protestation de la France, la Cour d'arbitrage de La Haye, saisie du différend, déclara le 6 mai 1913, la saisie irrégulière par cette raison qu'il n'était pas établi que l'aéroplane eût une destination ennemie (1).

La question de la continuité du voyage en matière de contrebande de guerre n'a pas été soulevée à la deuxième Conférence de la Paix en 1907. Mais on s'en est occupé à la Conférence navale de Londres de 1908-1909. La déclaration de Londres a maintenu la distinction traditionnelle entre la contrebande absolue et la contrebande relative ou conditionnelle (2). Sont de plein droit considérés comme contrebande absolue : les objets qui présentent ce caractère d'être exclusivement employés à la guerre

1. De Boeck, *les Incidents franco-italiens des navires : le Carthage, le Manouba et le Tavignana* (J. I. P., 1912, p. 449-474).

2. Renault, Rapport général à la conférence de Londres.

(armes, projectiles, poudres et explosifs, effets militaires, etc.). Sont de plein droit considérés comme contrebande relative ou conditionnelle un certain nombre d'objets dont le trait caractéristique est d'être susceptibles de servir aux usages de la guerre comme à des usages pacifiques.

Or la destination hostile, qui est un élément essentiel de la notion de contrebande, est établie d'une manière différente selon qu'il s'agit de contrebande absolue ou de contrebande relative.

Les articles de contrebande absolue sont saisissables s'il est établi qu'ils sont destinés au territoire de l'ennemi ou à un territoire occupé par lui ou à ses forces armées (Déclaration de Londres, art. 30).

« Ce n'est donc pas, dit M. Renault (1), la destination du navire qui est décisive, c'est la destination de la marchandise. Celle-ci a beau être à bord d'un navire qui doit débarquer dans un port neutre ; du moment que le capteur est à même d'établir que cette marchandise doit, de là, être transportée en pays ennemi, par voie maritime ou terrestre, cela suffit pour justifier la saisie et ensuite la confiscation de la cargaison. C'est le principe même du voyage continu qui est ainsi consacré pour la contrebande absolue par l'article 30 de la Déclaration de Londres. On regarde comme ne faisant qu'un tout le trajet suivi par la marchandise. »

1. Rapport général.

Au contraire, la Conférence de Londres a écarté, en matière de contrebande conditionnelle, la doctrine du voyage continu (art. 35).

« La contrebande conditionnelle, dit encore M. Renault, n'est donc saisissable que si elle doit être débarquée dans un port ennemi. Du moment que la marchandise est documentée pour être débarquée dans un port neutre, elle ne peut constituer de la contrebande et il n'y a pas à rechercher si, de ce port neutre, elle doit être expédiée à l'ennemi par mer ou par terre. C'est la différence essentielle avec la contrebande absolue (1). »

La théorie de la continuité de voyage contient-elle vraiment une fiction ?

Il paraît bien que, si l'on va au fond des choses, la réponse à cette question doit être négative. Car la fiction est la substitution du faux au vrai ; or, dans la doctrine envisagée, il y a seulement une recherche d'intention : la marchandise à destination d'un port neutre doit-elle, ou non, être, de ce port, transportée en pays ennemi ? Si sa destination finale est le territoire ennemi, cette marchandise a le caractère de contrebande.

La fiction n'intervient pour ainsi dire qu'à la surface des choses et dans la construction même de la notion de continuité de voyage. Au lieu de rechercher simple-

1. Conf. Sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye du 6 mai 1913 (affaire de Carthage).

mment l'intention, on a considéré que les deux voyages de la marchandise — le premier jusqu'au port neutre, le second jusqu'au territoire ennemi — constituent un tout indivisible. Admettre qu'il y a un voyage unique tandis qu'il y en a deux en réalité, c'est à quoi se borne la fiction ; elle n'est qu'une fiction de construction juridique, un procédé d'exposition et de systématisation qui revient à dire : tout se passera comme si les deux voyages n'en étaient qu'un seul. Réduite dans cette limite, la fiction ne présente pas de danger ; mais elle est inutile, puisqu'il suffit de rechercher purement et simplement si la marchandise litigieuse, soit par un voyage, soit par deux ou plusieurs, prend la destination de l'ennemi.

CONCLUSION

De l'étude à laquelle nous venons de nous livrer, une première observation, très générale, se dégage : c'est que le droit international a marché dans le sens d'une élimination progressive de la fiction. Ainsi la nécessité de l'effectivité de l'occupation territoriale du blocus a été peu à peu reconnue ; la construction fictive de l'Etat du Congo s'est écroulée ; l'élément fictif dans la notion d'exterritorialité a été abandonné ; il n'est pas jusqu'à la conception erronée, et contraire à la réalité, d'une souveraineté extérieure absolue des Etats qui n'ait été battue en brèche. On s'est aperçu que la fiction recouvre toujours, soit une institution tendancieuse. Et la réalité a progressivement repris ses droits.

Nous ajouterons ici un dernier exemple qui, étant donné sa minime importance dans le monde moderne, ne méritait pas de faire l'objet d'un chapitre distinct.

En droit romain, la captivité faisait perdre la liberté. Mais lorsque le citoyen revenait de captivité, il était restitué dans ses droits. La fiction de *postliminium* consistait en ce que le fait de la liberté était censé

n'avoir pas été interrompu. Et le fait de la liberté reconquise était fictivement reporté à l'instant même où la captivité s'était produite, de telle sorte qu'il n'y avait pas eu dans l'état de liberté de solution de continuité.

Or, plusieurs publicistes, empruntant au droit romain la notion du *jus postliminium*, ont voulu la transporter et l'appliquer en matière de traités de paix et de relations internationales (1). Cette transposition est tout à fait inutile et propre à compliquer des règles très simples en elles-mêmes (2).

La fiction était déjà une superfluité en droit romain où elle revenait à décider que tout se passerait, pour le captif libéré, comme si sa liberté n'avait pas été interrompue. En droit moderne, elle ne peut avoir aucune application à l'égard des droits particuliers, qui ne sont pas atteints par la guerre puisque celle-ci n'est plus considérée que comme un rapport d'Etat à Etat. Ces droits peuvent être tout au plus suspendus dans leur exercice au cours des opérations de guerre, mais ils ne sont pas effacés.

La fiction ne se comprend pas non plus dans les relations des Etats belligérants ; il ne saurait s'agir de rétablir rétroactivement des droits de souveraineté qui

1. Calvo, t. V, livre 2, § 3169 et suiv. Heffter, corrigé par Gefcken, § 187 à 190 ; Bonfils et Fauchille, *Manuel*, 1710.

2. Suquet, *les Traités de paix*, 1903, p. 88.

n'ont pas été anéantis. En effet, l'occupant n'est pas devenu souverain du territoire par lui occupé ; il n'a eu que l'exercice des droits durant l'occupation. Lors du rétablissement de la paix, l'Etat qui a été temporairement privé de l'exercice de ses droits souverains, le reprend entièrement, sous la seule réserve qu'il doit respecter les actes accomplis par l'occupant dans la mesure de l'usufruit de ce dernier. Il n'y a donc aucune place pour la vieille conception de la postliminie.

Ainsi donc le domaine de la fiction, comme tout notre travail l'a montré, s'est constamment rétréci. Et ce fait a été une preuve des progrès du droit international. Se plaçant sur le seul terrain du droit privé, Toullier blâmait l'emploi de la fiction à propos de la définition légale de la représentation. « La fiction, disait-il, est la ressource de la faiblesse, c'est la supposition d'un fait contraire à la vérité. La fiction est donc indigne de la majesté du législateur ; il n'a pas besoin de feindre, il commande (1). » Et il répétait son observation à propos de la légitimation des enfants naturels que les canonistes avaient fondée sur une fiction de rétroactivité au moment de la conception des enfants, pour faire découler la légitimité d'un principe unique, celui d'un mariage existant (2).

1. Toullier, *le Droit civil français*, 4, n° 189.

2. *Idem*, t. H, n° 921.

En droit international public, l'emploi de la fiction est beaucoup plus grave encore. Ce qui n'est qu'un ridicule chez le législateur des rapports privés devient une prétention inadmissible de la part des diplomates qui semblent s'arroger le pouvoir de créer le droit, au lieu de la définir simplement et de l'appliquer aux cas particuliers. En reconnaissant comme un Etat le Congo qui n'avait nullement le caractère d'un Etat, les hommes de 1885 contredisaient les réalités les plus certaines. Nulle autorité ne peut changer la nature des choses. Les fictions d'occupation, de blocus, d'exterritorialité étaient aussi des créations arbitraires. Or, c'est une tendance très malheureuse en politique, autant et plus peut-être qu'ailleurs, que de méconnaître le réel et de construire sur l'imaginaire ; rappelons que la fiction d'absolu dans la conception en souveraineté extérieure des Etats a été une perpétuelle invitation aux impérialismes.

Au point de vue doctrinal, la fiction doit être aussi vigoureusement proscrite. Elle paraît être, il est vrai, une manière assez aisée de grouper les solutions et de les faire comprendre, mais l'unité qu'elle prête aux théories est purement factice ; elle est une source d'erreurs et tend à corrompre les institutions elles-mêmes.

La fiction est un rouage absolument artificiel dans le mécanisme du droit. Une science est un enchaînement de principes. Ceux-ci ne doivent pas être soudés les

uns aux autres à l'aide de suppositions et de figures

L'hypothèse se comprend dans les sciences de la nature en tant qu'explication provisoire des phénomènes observés. Mais la fiction n'est pas une hypothèse : elle est la supposition d'un fait contraire à la réalité. Si ce subterfuge de logique est excusable dans les premiers temps de l'élaboration d'une théorie, il perd toute excuse lorsque la doctrine est assez avancée pour pénétrer toutes les nuances de l'institution envisagée. Le seul principe qui doit alors servir de guide à une construction juridique est le souci de répondre aux exigences de la pratique en donnant satisfaction aux nécessités de la vie dans un sens d'équité et de progrès.

Vu : le Président de la thèse,

A. DE LAPRADELLE

Vu : Le Doyen,

H. BERTHELEMY

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur de l'Académie de Paris

APPELL

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>La fiction dans la notion de l'Etat</i>	11
<i>Section I.</i> — L'Etat fictif	12
<i>Section II.</i> — La souveraineté extérieure de l'Etat.....	19
CHAPITRE II. — <i>La fiction en matière d'occupation territoriale</i>	25
CHAPITRE III. — <i>Le blocus fictif</i>	41
CHAPITRE IV. — <i>L'exterritorialité</i>	50
<i>Section I.</i> — Privilèges et immunités des agents diplomatiques	53
<i>Section II.</i> — Condition des navires et aéronefs	66
<i>Section III.</i> — Occupation du territoire par une armée étrangère	76
CHAPITRE V. — <i>La continuité de voyage</i>	79
CONCLUSION.....	87

